

INSTITUTO BRASILIENSE DE DIREITO PÚBLICO – IDP

MARIANA COSTA DE OLIVEIRA

**A INCIDÊNCIA DO PRINCÍPIO DA BAGATELA
NAS AÇÕES DE IMPROBIDADE
ADMINISTRATIVA**

BRASÍLIA-DF

2019

MARIANA COSTA DE OLIVEIRA

**A INCIDÊNCIA DO PRINCÍPIO DA BAGATELA
NAS AÇÕES DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA**

Dissertação apresentada como requisito para a obtenção do título de Mestre em Direito Constitucional pelo Instituto Brasiliense de Direito Público - IDP.

Orientadora: Profa. Dra. Marilda Silveira

BRASÍLIA-DF

2019

MARIANA COSTA DE OLIVEIRA

**A INCIDÊNCIA DO PRINCÍPIO DA BAGATELA
NAS AÇÕES DE IMPROBIDADE
ADMINISTRATIVA**

Dissertação apresentada como requisito para a obtenção do título de Mestre em Direito Constitucional pelo Instituto Brasiliense de Direito Público - IDP.

Brasília-DF, fevereiro de 2019.

PROFA. DRA. MARILDA SILVEIRA
Orientador (IDP)

PROF. DR. LUIZ RODRIGUES WAMBIER
Membro (IDP)

PROF. DR. MARCELO NAVARRO RIBEIRO DANTAS
Membro Externo

Dedico este trabalho primeiramente ao meu mentor intelectual, o Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, que sempre apoiou todos os meus projetos sem hesitar e este só é mais um deles. O Ministro Napoleão é um exemplo de Magistrado dedicado e preocupado com o direito das pessoas e sua atenção com as causas mais singelas demonstra a grandeza do seu coração. Agradeço à Professora Marilda Silveira, que sempre com muita doçura, compreensão e paciência, me orientou na elaboração deste trabalho, com valiosas sugestões. Sem as suas orientações, com certeza, eu não teria chegado até aqui e a sua cordialidade nunca foi abalada, mesmo quando enfrentava suas próprias lutas. Resiliência e força são palavras que utilizo para definir a Professora Marilda Silveira, seu nome sempre será lembrando em minhas conversas particulares com Deus.

Dedico aos meus amigos Camila Teixeira, Eduardo Lessa Mundim e à sua maravilhosa esposa, Viviane Ferreira Mundim, que sempre estiveram presentes nos momentos mais difíceis e nunca me deixaram fraquejar. A solidariedade deles me foi muito valiosa e nenhuma palavra conhecida pelo meu limitado vocabulário terá a potestade de transmitir com clareza a gratidão que sinto por eles.

Meu agradecimento especial às equipes da Biblioteca e Coordenadoria de Jurisprudência do STJ, que me auxiliariam com presteza e cordialidade nas pesquisas e buscas necessárias.

Dedico, com muito carinho, aos meus colegas de Gabinete do STJ, onde passo a maior parte do dia e são pessoas valiosíssimas que compreendem as minhas imperfeições e sempre me motivaram a seguir.

Agradeço à Dra. Guiomar Mendes que me foi muito generosa, acreditando nas minhas ideias, mesmo sem me conhecer com proximidade.

Obrigada à minha querida mãe Maria José e aos meus irmãos Paula, Paloma, Fernando e Gabrielly e ao meu sobrinho Matheus que são a maior inspiração para os dias de trabalhos mais complicados. Sempre que me senti cansada, desanimada ou sem ideias, bastava-me fechar os meus olhos e pensar na minha família, imediatamente uma energia poderosa transbordava e me socorria. Minha mãe e meus irmãos são os bens mais preciosos que tenho.

Agradeço a Deus por ter me guiado até aqui, pelos longos debates noturnos e por nunca ter duvidado da minha fé.

Gratidão define o que sinto agora por todas essas pessoas.

Admite-se que as expectativas – e, portanto, as teorias – podem preceder, historicamente, até mesmo os problemas. A ciência, contudo, origina-se unicamente dos problemas. Os problemas só aparecem quando as expectativas malogram ou quando as teorias trazem dificuldades e contradições — que podem surgir dentro de uma teoria, entre duas teorias diferentes ou como resultado de um conflito entre elas e nossas observações. Além disso, só nos tornamos conscientes de que sustentamos uma teoria a partir do momento em que enfrentamos um problema. O problema suscita o desafio de aprender, avançar o nosso conhecimento, experimentar e observar.

Karl Popper

RESUMO

Indaga-se quais os parâmetros jurídicos que devem orientar e limitar o exercício da atividade estatal sancionadora, na repressão aos ilícitos administrativos categorizados como atos de improbidade, cuja disciplina se acha configurada na Lei 8.429/92, especificamente no que se refere ao princípio da insignificância. O foco principal deste trabalho é estudar a aplicabilidade deste princípio ao processo e julgamento das ações de improbidade administrativa. Trata-se de temática muito cara ao pensamento penalista contemporâneo, suscitando a indagação se pode ser – ou não – incidente na ação de improbidade. Essa é a investigação que se pretende analisar e responder. Cabe registrar que a doutrina brasileira, embora tenha iniciado o desenvolvimento de uma teoria geral dos atos de improbidade administrativa, de certo modo acolhendo alguns institutos processuais penais, ainda não explorou, em todas as suas possibilidades, o tema da bagatela. Este assunto é, no entanto, objeto de estudos esparsos, cuja repercussão ainda não alcançou a jurisprudência dos Tribunais Superiores. No STJ, por exemplo, o que será demonstrado, ao longo desta pesquisa, que há pouquíssimos julgados referendando este tema.

Não há dúvida que esses estudos trazem importantes conclusões sobre a insignificância de certos atos ímprobos, as chamadas pequenas improbidades. No entanto, não se cogita de assunto sobre o qual já se tenham lançado luzes definitivas. Também não se implementou, entre nós, pelo menos com a necessária verticalidade, uma diretriz judicial que abarque as mais recentes conquistas jurídicas do garantismo e, ao mesmo tempo, não fragilize a metodologia de repressão aos atos ímprobos. Não se pode duvidar que se trata de modalidade infracional que incomoda e agride sobremaneira a sociedade e provoca justificadas reações desencontradas, quanto à necessidade e à urgência da adoção de medidas repressivas e eficazes, mas sem fugir aos seguros padrões jurídicos. Por causa disso, os posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais não fornecem a adequada compreensão da substancialidade dos atos ímprobos infracionais e da dinâmica da ação civil que tem por objeto a imposição de sanções jurídicas aos seus praticantes; em razão dessa escassez de diretrizes, o assunto tem sido tratado de maneira quase tópica, o que contribui para retardar o desenvolvimento científico desse importante tema de Direito Público. Além disso, a doutrina jurídica mais referida traz o timbre de ser elaborada por agentes do próprio poder punitivo, principalmente membros do

Ministério Público, o que, muito naturalmente e até inevitavelmente, orienta o pensamento doutrinário sob o viés interpretativo do próprio órgão incumbido da promoção das iniciativas repressivas; talvez sejam chegados o tempo e o momento de se pesquisar os aspectos substantivos e processuais da ação de improbidade administrativa, sob a visão do garantismo jurídico contemporâneo, no qual avulta a preocupação equilibrada com a conciliação entre a necessidade da repressão e a necessidade de respeito aos direitos subjetivos dos imputados. Os trabalhos acadêmicos e doutrinários dos autores nem sempre tem realizado essa adequada conciliação e, por isso, tem prevalecido, em geral, a visão mais drástica e mais consequencialista que privilegia os aspectos do combate aos atos de improbidade.

Palavras-chave: 1. Improbidade Administrativa. 2. Princípios. 3. Bagatela ou insignificância. 4. Sanções por improbidade, dosimetria. 5. Superior Tribunal de Justiça. 6. Fundamentação das decisões judiciais.

ABSTRACT

It is questioned what legal parameters should guide and limit the exercise of sanctioning state activity, in repression of administrative illicit acts categorized as acts of improbity, whose discipline is configured in Law 8,429/1992.

It should be noted that Brazilian doctrine has not yet developed a general theory of acts of administrative impropriety, nor has it implemented a judicial directive that encompasses the most recent legal achievements of the garantism and, at the same time, does not weaken the methodology of repression to these illicit ones, including because it is an infractional modality that greatly disturbs society and provokes disagreed reactions, as to the necessity and urgency of its adoption, but within certain legal standards.

Because of this, doctrinal and jurisprudential positions do not provide an adequate understanding of the substantiality of wrongful acts and the dynamics of civil action that has as its object the imposition of legal sanctions on its practitioners; due to this lack of guidelines, the subject has been treated almost topically, which contributes to delay the scientific development of this important Public Law theme.

In addition, the legal doctrine referred to above has the stamp of being elaborated by agents of the punitive power itself, mainly members of the Public Prosecutor's Office, which, quite naturally and even inevitably, guides doctrinal thinking under the interpretative bias of the body itself responsible for the promotion repressive initiatives; the time and the moment for investigating the substantive and procedural aspects of the administrative improbity action can be arrived at, under the guise of contemporary legal guarantees, in which there is a balanced concern with the conciliation between the need for repression and the need to respect the rights of the accused. The academic and doctrinal works of the authors have not always carried out this adequate conciliation and, therefore, has generally prevailed the most drastic and more consequentialist view that privileges the aspects of the combat of acts of improbity.

Keywords: Administrative Misconduct. 2. Principles. 3. Bagatelle or insignificance. 4. Sanctions for improbity, dosimetry. 5. Superior Court of Justice. 6. Grounds for judicial decisions.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	11
1. O PRINCÍPIO DA BAGATELA E A TIPIFICAÇÃO DO ATO ÍMPROBO.....	17
2. O PRINCÍPIO DA BAGATELA E O BEM JURÍDICO TUTELADO.....	53
3. BAGATELA E BEM JURÍDICO NA DEFINIÇÃO DA JUSTA CAUSA.....	78
CONCLUSÃO.....	99
REFERÊNCIAS.....	104

INTRODUÇÃO

Não é incomum que fiquemos surpreendidos, impressionados e assaz estarecidos quando tomamos conhecimento, pelo noticiário, de que certa pessoa foi condenada e presa por ter furtado, por exemplo, uma pequena barra de sabão no supermercado, não sem antes ter sido humilhada e desabonada publicamente, no recinto do próprio estabelecimento comercial.

O dito estarecimento nos assola porque, à toda certeza, existe dentro de cada pessoa uma *disposição inata para praticar a Justiça*, algo que os filósofos medievais de linhagem cristã, especialmente Tomás de Aquino, chamavam de *sindérese*.

De fato, para dar mais concretude àquilo que muito se diz teoricamente como *Dignidade da Pessoa Humana*, é naturalmente repulsivo para qualquer pessoa que a *impunidade* se instale frente aos atos ilícitos praticados, assim como é inaceitável que a *punição desmesurada*, sem conteúdo de razão e proporção, se efetive a quem reconhecidamente praticou o mal.

Os dois polos, impunidade e excessos punitivos, afetam sensivelmente a todos, porque violam o conteúdo de dignidade desejável a todos que vivem em sociedade, aquilo que o filósofo Michael Sandel chamou de *sacrifício compartilhado* em sua obra *O que o dinheiro não compra?* (2012).

Mas é certo que, no cotidiano de todos, as *situações extremas*, de impunidade e de injustiça, são observadas em repetidas ocasiões, em episódios que impressionam, causam estranheza, indignação ou descontentamento com o estado da arte das coisas.

A quem trabalha em proximidade com o Poder Judiciário, esses agudos cenários são vistos frequentemente, até por serem os Tribunais o estuário dos sofrimentos alheios e das mais diversas questões de vida experimentadas pelo outro. É isso que leva o observador a analisar e a buscar entender, com mais profundidade, *os casos e as causas*, de modo a procurar fundamentos de origem e atribuir sentido a certos eventos, especialmente quando se envolve a tarefa de julgar e decidir o destino de pessoas e coisas.

Toda pesquisa inicia com uma instigação, uma inquietação ou desejo do

observador em entender melhor algo que esteja ao seu redor.

No presente estudo, a motivação para a pesquisa reside justamente na experiência que obtive e obtenho, diariamente, onde trabalho, no Superior Tribunal de Justiça. Presenciei muitos julgamentos que podem ser considerados irrazoáveis e eu diria até quase irracionais. Sanções altamente desproporcionais à conduta praticada e sem avaliar a motivação do agente. Em muitas vezes, reconhece-se que alguém comete algum ilícito imbuído de má-fé, de vontade de obter vantagem, de achar que os bens da repartição pública são os mesmos de seu patrimônio particular.

Reconheço que já pensei em admitir penas capitais quando um agente político desvia verba da merenda escolar ou mesmo da saúde pública. No entanto, em outras tantas vezes, restava absolutamente claro que o agente causador do eventual ilícito não tinha consciência de que aquela conduta era ilícita. Poderia enumerar dezenas de casos neste sentido, como por exemplo, o do gestor público que perdeu o cargo e ficou inelegível porque autorizou um vendedor de pipoca numa carroça em um parque sem licitação, o de um Policial Rodoviário Federal que foi demitido porque usou o carro da repartição para ir buscar a namorada, ou um militar que foi demitido do serviço público, tendo mais de 26 anos de serviço, porque chamou o seu superior de “você” e deu-lhe uma resposta descabida.

Estes, dentre outros, são inúmeros casos que talvez uma advertência, suspensão ou multa teriam o condão de reprimir o infrator e atender aos justos reclamos da coletividade, isto é, na lógica da justiça do caso concreto.

Por isso me veio à mente a questão da bagatela, muito vista e experimentada em processos de natureza penal, mas raramente referenciada em âmbito administrativo. Essa circunstância me instigou a investigar o tema das infrações bagatelares em âmbito administrativo.

Por que os julgadores têm tanta resistência em aplicar o princípio da bagatela em ações administrativas? Por que, para além disso, se tem visto a aplicação das sanções mais drásticas? Onde está o meio-termo tão necessário à preservação da dignidade da pessoa humana, afastando os extremos da impunidade e da desmesurada punição?

Se os juízes estão tão devotados ao emprego da Justiça, por meio de

raciocínios incrustados em ponderação e bons princípios, por que ações de caráter administrativo- disciplinar não estampam a bagatela em suas formulações, contrariamente ao que tradicionalmente se vê em sede penal?

A pesquisa que se pretende desenvolver é orientada para identificar e apreender as formas judiciais pelas quais os desempenhos repressores dos atos de improbidade administrativa podem ser juridicamente validados, no ambiente institucional do Estado Democrático de Direito, sobretudo se considerando o largo e abrangente elenco de direitos subjetivos que a Constituição Federal Brasileira de 1988 estabeleceu em todo o seu texto e, particularmente, no seu art. 5º.

Uma questão que permeia essa problemática é, com certeza, a dos direitos subjetivos, das liberdades e das garantias, conforme profundamente estudado e sistematizado por Nelson Saldanha (1980, p. 53), da Universidade Federal de Pernambuco, ao teorizar sobre as transformações pelas quais passou o Estado Moderno Ocidental, isso desde as revoluções democratizantes, das quais resultaram as concepções democráticas e liberais.

A atividade sancionadora estatal se desenvolveu, ao longo de sua história, estritamente vinculada aos interesses e às pautas do poder político, o que levou à identificação da repressão aos ilícitos de toda espécie com a própria defesa das instituições estatais. Essa circunstância histórica fez ficarem em segundo plano os problemas decorrentes das desigualdades entre as pessoas e os grupos sociais, submersos em tiranias legalistas e abafados pela literatura jurídica suntuosa. A suntuosidade da literatura jurídica e a pompa judicial, inclusive a sua linguagem, de certo modo criou uma espécie de indiferença aos reclamos da justiça e igualdade, uma vez que adstrita aos discursos normativos ou positivos.

As estruturas judiciais, formadas historicamente no próprio ambiente estatal originalmente autoritário, somente depois dos movimentos liberais, adquiriram alguma flexibilidade, mas as concepções herdadas dos seus primórdios e reforçadas pelo positivismo legalista que empolgou a então nascente Ciência do Direito se insinuaram para dentro das práticas do Estado Liberal e, de alguma maneira, as impregnaram com a ideologia formalista que provinha daqueles primeiros tempos estatais.

A devida assimilação desses elementos históricos ideológicos responde pela apontada rigidez do sistema repressivo estatal, praticamente ignorando as condições

altamente adversas nas quais o poder sancionador se exerce, geralmente secundarizando as garantias subjetivas em favor de certos resultados havidos por positivos ou favoráveis.

Os autores que denunciam essa prática consequencialista e a apontam como indutora de atrasos e injustiças são minoria numérica, embora a veemência de seus discursos e o humanismo de suas proposições os coloquem em patamar destacado e merecedor de reverências dos demais juristas.

São essas as reflexões que animam empreender a pesquisa e motivam o intelecto a descobrir relações de causa e efeito nesse ambiente sancionador, assim contribuindo para analisar e revelar as formas preferíveis de atuação judicial, com o objetivo de sopesar e entender as limitações circunstanciais que fazem dessa atividade estatal o alvo de críticas e desapareços.

Nesse cenário ideológico e jurídico operacional, é que se introduz o conceito de bagatela, indicando a necessidade de se apreciar pelos seus efeitos deletérios ou lesivos os atos infracionais ou efeitos cometidos pelos indivíduos, em ofensa aos preceitos proibitivos das leis. A ideia de bagatela se conecta, portanto, à ideia de justa retribuição dos ilícitos, de modo que os infratores não sofram, quando cometem pequenas infrações ou infrações de mínima ofensividade, as mesmas sanções que se aplicam aos cometedores de ilícitos graves. O tema da bagatela remete, portanto, à exigência de reflexão casuística ou tópica, por parte dos julgadores, já que as leis não trazem, com a devida verticalidade, a distinção entre atos ilícitos. Cito, como exemplo dessa linearidade a Súmula 599 do STJ, ao afirmar que não incide o princípio da insignificância nos crimes contra a Administração Pública.

No primeiro capítulo procurei analisar o conceito de princípio jurídico, aplicado à ideia de bagatela, para identificar de que modo essa ideia é apropriada aos procedimentos judiciais dos atos de improbidade. O ponto de partida desse estudo se situa no continente do Direito Penal, no qual brotou e se desenvolveu a noção de proporção entre a gravidade da infração e a aspereza da sanção, o que se deve aos pioneiros estudos do Marquês de Beccaria, no século XVII.

Ocupei-me, no capítulo segundo deste trabalho, da conexão que verifico existir entre a bagatela e o bem juridicamente tutelado, tateando identificar quais os elementos que formam a exigência de proteção, a sua relevância social e tipificação sancionadora. Tenho a convicção de que, do ponto de vista da essência das coisas, o

problema da bagatela tem de ser visto na sua relação com o bem jurídico, de sorte que, não sendo este infringido gravemente ou gravemente lesionado, a previsão legal deve ser abrandada.

No capítulo terceiro enfoco a mais relevante questão do processo sancionador, que é relativa à justa causa das iniciativas punitivas. Verifica-se que há difusão do pensamento que advoga a banalização da justa causa no processo sancionador, tentando tornar a sua exigência secundária ou menor. Ao meu sentir, isso deve ser coibido e, quando se dá importância ao conceito de bagatela, se está, ao mesmo tempo, valorizando a justa causa. Faço estrita a relação entre a infringência ao bem jurídico tutelado, a justa causa sancionadora e a bagatela infracional. Os três conceitos devem ser analisados em conjunto, em cada caso concreto. Este é o eixo da elaboração deste trabalho.

Na produção deste texto segui, o mais privilegiadamente possível, a observação empírica dos casos concretos que tive oportunidade de examinar, relativos a julgamentos de recursos em matéria sancionadora de improbidade. Consultei autores, pesquisei a jurisprudência do STJ, li artigos acadêmicos e, sobretudo, refleti demoradamente sobre as linhas evolutivas desses julgamentos e da doutrina especializada, procurando identificar em que medida estava presente – ou ausente – a noção de que a bagatela integra o julgamento justo. A metodologia foi, portanto, essencialmente empírica e evitei seguir as sugestões meramente retóricas dos escritores jurídicos, geralmente enaltecidas da justiça das sanções, o que frequentemente é frustrado na prática judicial.

1. O PRINCÍPIO DA BAGATELA E A TIPIFICAÇÃO DO ATO ÍMPROBO

A noção de que somente as condutas infratoras ofendentes de bens jurídicos relevantes merecem a atenção da função sancionadora estatal é a ideia fundamental que domina o pensamento jurídico da atualidade, embora sejam numerosos os legisladores, juristas, professores e magistrados que não tendem a dar muito valor a essa verdadeira vocação do nosso tempo. Esses juristas têm preferido criar, de maneira profusa, algumas figuras típicas e sanções que servem mais para disseminar inseguranças, medos e inquietações, a promover a paz social.

Revisita à noção ou à ideia de princípio

Parto da premissa de que a atividade julgadora, especialmente a que se volta à punição de infratores, orienta-se, em primeiro lugar, por princípios e, depois, por regras positivas. O problema dos princípios constitui, sob essa perspectiva, uma questão preliminar dos julgamentos e nuclear da sua justiça. Observei, na introdução deste trabalho, ser o seu objeto a análise da presença – ou da ausência – da noção de princípio da bagatela na apreciação judicial das infrações tipificadas como ato de improbidade. Estariam elas sob a influência de análise principiológica ou, em caso negativo, bastariam para orientar as sanções a previsão em regra positivada?

Conforme orienta Paulo Bonavides, a ideia de princípio se encarta na noção *de chave do sistema jurídico*, indicando que o seu domínio é indispensável para a compreensão de tudo o que compõe o universo do Direito (2004, p. 255-286). Para Celso Antônio Bandeira de Mello, a ideia de princípio está associada à *de mandamento ou alicerce*. Na sua opinião, o princípio é também um *critério da compreensão lógica do sistema jurídico*, funcionando também como elemento conferidor do seu *sentido harmônico* (2004, p. 451).

Entendo como princípio, um dos pilares ou um dos fundamentos do raciocínio expositivo. Com a expressão princípio são designados (1) o começo da existência temporal das coisas e, nesse sentido, diz-se, por exemplo, o princípio do próximo ano marca o prazo para a entrega da minha monografia do mestrado, e (2) o ponto de apoio de uma doutrina ou de uma teoria a respeito de determinado conjunto de proposições que se entroncam e se harmonizam naquele elemento.

A expressão princípio, portanto, conduz e transporta dois sentidos, ou dois significados: indica o começo de uma realidade e denota o fundamento de uma

exposição doutrinária com ele coerente.

No entanto, não será qualquer regra que pode ser identificada como princípio jurídico, como vem se tornando corriqueiro. A compreensão de qualquer regra jurídica somente é válida quando o seu enunciado se acha em harmonia com o sistema de Direito e com as suas premissas fundamentais e fornece elementos para a sua compreensão, pela via da interpretação.

Quando a aplicação de uma regra jurídica se afasta ou deixa de considerar o princípio que lhe é anterior, apoia a conclusão no enunciado principiológico, ocorre o que se pode chamar de emprego abusivo do conceito de princípio. Para afirmar isso, me acosto aos pensamentos de Celso Antônio e de Paulo Bonavides, que exaltam a função estratégica dos princípios dentro da organicidade do sistema jurídico.

Por conseguinte, é abusivo ter-se como princípio jurídico uma mera orientação prática ou uma simples diretriz burocrática, aplicada em julgamento judicial. A noção de princípio deve se apoiar em elementos fundamentais e estruturantes do sistema jurídico, de sorte que se revele, entre ele e o sistema, uma relação de fundamentalidade. Um bom exemplo do abuso no emprego da noção de princípio se acha na tendência de ter como princípio jurídico o viés *in dubio pro societate*, que Maria Thereza Rocha de Assis Moura tem por abominável. Esse seu ponto de vista é explanado em julgamentos judiciais e em lição doutrinária. Segundo a sua explanação:

a acusação, no seio do Estado Democrático de Direito, deve ser edificada em bases sólidas, corporificando a justa causa, sendo abominável a concepção de um chamado princípio in dubio pro societate (STJ, HC 175.639, DJe 11.04.2012).

A opinião de Fernando da Costa Tourinho Filho coincide inteiramente com essa proposição, pois, como ele proclama:

afirmar, simplesmente, que a pronúncia é mera admissibilidade da acusação e que estando o juiz em dúvida aplicar-se-á o princípio do in dubio pro societate é desconhecer que num País cuja Constituição adota o princípio da presunção de inocência torna-se heresia sem nome falar em in dubio pro societate. (2010, p. 31).

Além disso, o brocardo jurídico romano *de minimis non curat praetor*, segundo o qual o juiz não se ocupa de miudezas, que fornece a base histórica para o princípio da bagatela, conforme se verá mais adiante neste capítulo, segue a tendência geral dos brocardos medievais de criar elementos axiológicos em favor

dos direitos das pessoas e nunca o contrário, como se pretende fazer, com a tentativa de transformar em princípio uma técnica autoritária que se contém na expressão *in dubio pro societate*.

Por outro lado, a noção de bagatela está elevada à condição de princípio fundamental da atividade estatal sancionadora, funcionando como freio dialético ou filtro de ponderação da relevância material ou tópica de um acontecimento, ato ou fato subjetivo individual, juridicamente classificável como infração legal injurídica e punível. O fundamento do princípio da bagatela se encontra na assertiva que o juiz sancionador não se ocupa de miudezas.

A origem da bagatela ou da insignificância de uma conduta reprovável remonta ao direito medieval, tendo surgido como o brocardo, isto é, uma maneira sintética e completa de expressar uma realidade complexa. É da sua essência operacional a aplicabilidade a casos inumeráveis, não pré-fixados nem restritos, mas certamente assimiláveis às características de cada situação concreta. No caso da bagatela, o brocardo justificador é o *de minimis non curat praetor*, como aponta Rubens Limongi França (1971, p. 27).

Mas a identificação de um ato infracional que possa ser tido, do ponto de vista sancionador, como bagatela, não é tarefa de que o julgador se desincumba de maneira simples ou linear. Para identificar uma situação de bagatela ou uma infração bagatelar, deve o julgador mensurar, dentre outros elementos, a repercussão lesiva que a ocorrência infracional disparou ou pôs em movimento, causando prejuízo relevante ao bem juridicamente tutelado. E não somente a desobediência à regra legal positivada.

Por conseguinte, a ideia de bagatela, por envolver a aplicação de um princípio jurídico norteador da incidência de reprimenda legal, demanda o exercício de atividade judicial de ponderação. E a ponderação pressupõe, por sua vez, a abertura da mente do julgador para aspectos estruturais da conduta que estão além das dicções das regras escritas (das leis sancionadoras, no caso das infrações puníveis), por isso se diz que a compreensão da noção de bagatela exige, da parte do jurista, ter a mente aberta para compreender o Direito além das dicções das leis escritas.

Um dos juristas que tratou da temática das regras legais e dos princípios jurídicos, bem como do conflito potencial ou efetivo entre eles e dos métodos de sua solução jurídica, Robert Alexy, estima que:

para a teoria dos direitos fundamentais, a mais importante delas é a distinção entre regras e princípios. Essa distinção é a base da teoria da fundamentação no âmbito dos direitos fundamentais e uma chave para a solução dos problemas centrais da dogmática dos direitos fundamentais. Sem ela não pode haver nem uma teoria adequada sobre as restrições a direitos fundamentais, nem uma doutrina satisfatória sobre colisões, nem uma teoria suficiente sobre o papel dos direitos fundamentais no sistema jurídico. (2011, p. 85).

Pode-se dizer, com apoio no pensamento de Robert Alexy, que as regras legais e os princípios de Direito são elementos jurídicos diferenciados ou não idênticos, mas que se conjugam uns com os outros na compreensão do Direito, no que se refere à proteção de certas relações fundamentais, como a liberdade e a igualdade, no nível mais abstrato e elevado, mas também no nível das relações concretas da vida social.

Porém, outros valores e outros bens individuais fundamentais são igualmente protegidos pelos princípios jurídicos e pelas regras legais, tanto os relativos à organização do sistema jurídico, como, também, os relativos aos procedimentos administrativos ou judiciais de sua atuação, do mesmo modo que a efetivação de prestações na escala geral ou em sentido estrito.

Contudo, Celso Antônio Bandeira de Mello parece acolher a tese de que há hierarquia entre os princípios jurídicos e as regras legais, porquanto ensina que a ofensa a qualquer princípio é mais grave que a violação a uma lei, o que expressa, claramente, essa alegada circunstância hierárquica entre os dois conceitos:

violar um princípio é muito mais grave do que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão aos seus valores fundamentais. (1986, p. 230).

No seu magistério, a ideia de hierarquia entre princípios e regras surge a partir da estimativa que é mais grave a ofensa aos princípios jurídicos e isso resulta da convicção que aqueles (os princípios jurídicos) são nucleares ou estruturantes do sistema jurídico. Essa ideia encarta efeitos da mais elevada significação, porque veicula a noção de que, em caso de conflito entre um princípio e uma regra, deverá ter primazia a aplicação do princípio jurídico, como consequência da sua mais alta hierarquia, dentro do sistema de Direito.

A opinião acerca da primazia ou importância de aplicação do princípio jurídico não é reputada, unânime, em âmbito acadêmico. Em importante estudo científico acerca dos princípios, intitulado *Teoria dos Princípios: da*

Definição à Aplicação dos Princípios Jurídicos, lançado em 2003, Humberto Ávila registra que:

um sistema não pode ser composto somente de princípios, ou só de regras. Um sistema só de princípios seria demasiado flexível, pela ausência de guias claros de comportamento, ocasionando problemas de coordenação, conhecimento, custos e controle de poder. E um sistema só de regras, aplicadas de modo formalista, seria demasiado rígido, pela ausência de válvulas de abertura para o amoldamento das soluções às particularidades dos casos concretos. Com isso se quer apenas dizer que, a rigor, não se pode dizer nem que os princípios são mais importantes do que as regras, nem que as regras são mais necessárias que os princípios. (2018, p. 147-148).

Deixe-se como registro final de honestidade intelectual, a crítica de Carlos Ari Sundfeld, na obra *Direito Administrativo para Céticos* (2012), na qual emite objeção ao uso dos princípios como *fórmula mágica* da fundamentação das decisões judiciais, assim como também a *previsão legal de princípios como utensílio dos jogos de poder de instituições em formação*. Dois trechos da obra são elucidativos do uso dos princípios:

8. Jogos de poder em torno de princípios

Quem tem influência e poder consolidados consegue obter do legislador regras precisas para realizar seus interesses. Já, os poderes em formação se valem da indeterminação normativa como uma arma na luta pela afirmação. Os preceitos da rica Petrobrás e dos frágeis quilombolas mostram isso com nitidez: para a empresa, uma norma bem precisa; para os outros, palavras vagas.

Na realidade brasileira recente o Ministério Público é exemplo de corporação que usa intensamente fórmulas vagas para ocupar espaços, ampliando seu prestígio e poder. Quando se discutia a substituição de uma antiga lei, membros da corporação influíram para que a nova redação passasse a punir, como 'ato de improbidade administrativa', a violação dos 'deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições'. Esse texto, aparentemente inócuo para inibir comportamentos, por conta da extrema vagueza do que se estava considerando ilícito, acabou servindo, no decorrer dos anos, como fundamento da maior parte das ações de improbidade propostas pela corporação contra agentes públicos, sempre divulgadas amplamente pela imprensa, em busca de apoio da opinião pública. Como forma de aumentar seu poder, a corporação lançou-se em um grande esforço de construção de sentido sobre um texto normativo quase sem conteúdo.

Em suma: seria ingênuo ver as indeterminações normativas (inclusive as extremas, que chamamos de 'princípios') como imperfeições do sistema. Elas são necessárias aos jogos de poder existentes na sociedade. (2014, p. 214).

21. Usando princípios para não decidir ou motivar

O que estou querendo dizer aqui é algo simples, evidente, com que provavelmente todo mundo concorda: ideias soltas não podem servir de motivação de decisões judiciais. Mas o 'status principiológico' de

certas palavras, expressões e frases tem servido demais para mascarar a falta de critérios.

Para muitos juízes, usar fórmulas mágicas meio vazias para resolver o cotidiano é um modo de ir empurrando para mais tarde a construção de critérios gerais consistentes.

Também o legislador muitas vezes faz exatamente isso: para responder a alguma pressão e ao mesmo tempo fugir do ônus de decidir (de distinguir, de fixar critérios etc.), simplesmente finge. Como?

Editando algum texto vazio, que mais tarde os interessados usarão como argumento, em suas disputas administrativas e judiciais.

Isso aconteceu na própria Lei da Improbidade, cuja aplicação vem desnorteando os Juízes que transcrevi. Os parlamentares, sem querer tomar partido claro sobre o que devia, ou não, ser condenado, mas precisando mostrar severidade (para não serem acusados de proteger autoridades malandras), votaram uma lei mandando punir algo muito indefinido: a violação dos 'princípios da administração'. Mas como assim?... A lei não disse ...

Aos Juízes cabia, a partir desses vagos termos, elaborar uma política sobre repressão de infrações funcionais; e, para isso, teriam de se resolver por uma dureza maior ou menor na aplicação de sanções.

Enfim, teriam que assumir o ônus que o legislador lhes repassou (idem, ibidem, p. 226-227).

Reflexão que se pode imediatamente suscitada é a seguinte: a falta de *estruturação de um princípio*, isto é, de critérios norteadores de sua incidência, poderia conduzir a sua aplicação desordenada, apenas como fórmula para adiar a fundamentação judicial de temas espinhosos ou para suscitar fuga à lei, em casos apontados pelo Juiz segundo a sua regulação individual, *transferindo-se ao Julgador o ônus do legislador*. Lado outro, a ausência de identificação de componentes também pode conduzir ao completo desprezo do princípio.

Ainda existe entre os doutrinadores discussão entre os conceitos de princípio e lei, costumando os escritores destacar a distinção entre eles. No entanto, do ponto de vista de sua essência, as duas realidades, em termos práticos, se equivalem, isso porque já se acha assente que os princípios possuem força normativa idêntica à força normativa das leis. Desse modo se afirma que os princípios podem ser aplicados de forma direta na solução de controvérsias jurídicas, no âmbito do processo judicial. No entanto, perdura a ideia de que há uma espécie de desnível entre os princípios e as leis e essa ideia fomenta, em muitos casos, a noção de que as leis podem desbancar os princípios, porque trazem em seus enunciados a determinação ou a ordem, o comando ou a prescrição de fazer-se – ou não fazer-se – alguma coisa, ou adotar-se – ou não adotar-se – determinada conduta.

Mas a questão da supremacia dos princípios sobre as regras jurídicas ainda

está muito longe de ser uma querela resolvida ou pacificada, porque as resistências intelectuais à aceitação dessa supremacia tem raízes muito profundas na formação dos juristas e na força das leis escritas. A primazia das leis escritas, mesmo quando veiculam soluções inadequadas, tendem a se impor de maneira preponderante. O juiz da Suprema Corte Americana, Benjamin Nathan Cardozo (1870-1938), ainda no começo do Século XX, alertava para essa realidade, convocando os julgadores para serem ousados e propositivos. Ao propor que os juízes se voltem para eles mesmos e sujeitem o processo judicial a uma pesquisa introspectiva, Benjamin Nathan Cardozo recomenda a criação de uma metodologia judicial, outra coisa não é a valorização de elementos extra legais, quando, no seu tempo, ainda não eram chamados de princípios ou o conceito não tinha a vigorosa circulação atual:

insignificante é o poder de inovação de qualquer juiz, quando comparado ao vulto e a pressão das regras de direito que o circundam. Ele deve, entretanto, inovar em certa medida, pois as novas condições devem corresponder novas regras de direito. (...). O pensamento jurídico moderno, voltando-se para ele próprio, sujeitando o processo judicial a uma pesquisa introspectiva, pode dar-nos nova metodologia e atribuir importância maior a novos pontos. (1956, p. 77).

Diante das posições doutrinárias a respeito da compreensão dos princípios e da sua funcionalidade no sistema jurídico, todas elas fundamentadas em argumentos respeitáveis, filio-me àquela que dá maior prestígio à força normativa dos princípios, mesmo quando contraposta ao peso de uma dicção regradada. Adoto a postura cognitiva do Direito que privilegia a normatividade dos princípios, fazendo-os diretamente aplicáveis à solução de casos judiciais concretos, ainda que tenham, excepcionalmente, em situações específicas, de afastar a incidência de uma regra legal. A explicação para essa atitude intelectual tem as suas raízes na percepção objetiva de que, frequentemente, as leis veiculam soluções afrontosas à razoabilidade, à proporcionalidade, à equidade ou à justiça.

Fixada a noção de princípio jurídico como elemento fundamentante ou estruturante de teorias e pensamentos, cumpre assinalar que o seu significado presta-se para orientar a aplicação das regras e das leis à solução das questões jurídicas, de modo que se deve reconhecer que a sua eficácia (dos princípios jurídicos) não concorre com a dos diplomas normativos ou das regras legais, mas, certamente, com eles interpenetra-se e os completa, tanto nos casos das famosas lacunas, como,

também, nas hipóteses de elucidação do sentido das regras legais comuns. Por conseguinte, não se deve aceitar que os princípios sejam *soldados de reserva*, para convocação apenas em casos emergenciais.

A maior resistência à aplicação direta de certos princípios jurídicos à solução de casos judiciais – mesmo daqueles que a doutrina já consagrou, apoiada em previsão constitucional implícita, como o da bagatela – está na aparente impossibilidade de conciliá-los com o tradicional apego ideológico dos julgadores à legalidade formal de sua atuação jurisdicional. O princípio da bagatela deve ser considerado como decorrente ou implícito, significando que não se encontra no texto constitucional menção expressa à sua adoção. No entanto, o art. 98, I da Carta Magna acolhe a distinção entre infrações penais, quando dotadas de diferentes potenciais de ofensividade, instituindo, inclusive, o processo repressivo diferenciado para os casos em que a ofensividade é mínima.

Os julgadores que lidam com as regras e os princípios do Direito Sancionador devem prestar especial atenção a esse preceito constitucional e adotar a sua diretriz em casos judiciais que, embora não se situem na categoria das pequenas causas, podem ser beneficiados pela compreensão de que o seu baixo potencial ofensivo merecem sanções distintas. No reforço da objeção à aplicação da bagatela aos casos em que há previsão positiva incriminadora de determinada conduta, que acarrete determinada sanção, se constata a tendência geral de se aplicar a regra, não se admitindo que possa ser afastada por decisão judicial, sem grave ferimento ao predominante princípio da legalidade.

A objeção, apesar do prestígio de que desfruta, inclusive por causa de sua longevidade no domínio jurídico sancionador, tende, no entanto, a perder importância, porque se alastra como uma mancha de óleo em um lago sereno, a poderosa ideologia dos direitos humanos e dos direitos fundamentais, calcada, principalmente, na afirmação de que a efetivação desses direitos muitas vezes se impõe contra expressas disposições legalmente positivadas.

Há hipóteses, porém, em que essa ofensividade poderá ser tão mínima que se igualará a zero. Contudo, a aplicação da bagatela não importará sempre a não aplicação de sanção, porque a ofensividade apresenta diferentes graus de intensidade. Somente se afastaria a punição, quando a infração fosse de ofensividade igual a zero, isto é, uma infringência ao preceito legal positivado, mas sem nenhuma repercussão relevante quanto à integridade do bem juridicamente protegido.

A ideia de ilícitos, com diferentes níveis de ofensividade, decorre da observação empírica dos eventos infracionais da vida social. Portanto, a distinção entre as sanções que devem ser aplicadas aos seus agentes também se inscreve no mesmo padrão de constatação, impondo que as repressões guardem estrita correspondência com a gravidade dos atos cometidos. Eis, aí, a matriz da bagatela, indicando que, sendo ela ocorrente, a sanção poderá ser diminuída ou, até mesmo, afastada. Essa é uma recomendação do preceito da justiça, tomada como a expressão como abrangente da razoabilidade e da proporcionalidade entre o ato e o seu castigo.

Contudo, essa justificativa tem servido, de maneira quase insuperável, para retardar e mesmo impedir, em certos casos, a aplicação direta de princípios jurídicos, na solução de casos judiciais concretos, porquanto a aludida formação dos juristas incrustou nas suas mentes a ideia de que somente as leis são capazes de criar direitos subjetivos, como é típico, aliás, do catecismo jurídico do ideário juspositivista e neopositivista, em menor medida.

Porém, no domínio do Direito Sancionador – continente do Direito Público em que se situam os princípios e as regras regedoras de condutas humanas infracionais – a compreensão dos conteúdos e dos sentidos dos institutos jurídicos devem realizar, prioritariamente, os princípios do Direito. As regras escritas nem sempre dão conta da complexidade das condutas humanas, que são sempre surpreendentes e inesperadas. Se, por acaso, fossem os princípios jurídicos abolidos do Direito Sancionador, restaria, apenas, um complexo de proibições e castigos, sem espaço para ponderações, proporcionalidades, equidade e justiça. No domínio sancionador, a chave da sua inteligência é a compreensão dos princípios jurídicos.

O caso da bagatela na improbidade administrativa é ilustrativo dessas indagações, especialmente por haver uma *espécie de eclipse* que a noção de *violação dos princípios administrativos*, prevista como ilegalidade na Lei Federal 8.429/1992, causa ao princípio da insignificância, já tão consagrado no Direito Penal.

Com efeito, o *jogo de poder*, conforme argumentou Carlos Ari Sundfled no citado trecho, se dirigiu para o punitivismo, vinculado às iniciativas acusatórias, no caso da Lei de Improbidade Administrativa.

Pergunta-se: se tudo pode ser categorizado *ao menos como violação a princípios norteadores da Administração Pública*, consoante a previsão do art. 11 da Lei de Improbidade, que é identificada como fórmula legal encaixável a qualquer

infração, *de qualquer tipo e tamanho*, ainda que não se tenha lesão aos cofres públicos ou enriquecimento ilícito, em que ponto se situaria a normatividade da clássica visão principiológica de *infração bagatelar*?

Algumas alusões iniciais ao jusprincípio da bagatela

O tema da bagatela é um assunto que tende a crescer de importância teórica e prática, na mesma medida em que se expande a edição de leis sancionadoras, ora instituindo ou tipificando novas figuras infracionais, ora aumentando as sanções dos tipos já existentes. Esse movimento de expansão das regras legais sancionadoras de ilícitos é tangido pela consciência do agravamento da insegurança social, diante do aumento vertiginoso da criminalidade, máxime da criminalidade violenta, o que não pode ser negado, a não ser que fosse possível esconder o óbvio. E esse movimento se espalha como uma onda, levando não apenas ao real recrudescimento das leis sancionadoras, mas, também, transportando a ideia de que esse recrudescimento é eficaz contra a prática de infrações. Isso leva ao fenômeno do punitivismo, que tem o apoio das mídias e de grandes parcelas da população. Essa observação é de Oscar Vilhena Vieira (2018, p. 48).

Mas esse movimento, que fez recrudescer o punitivismo estatal e até fomentar a criação de uma escola judicial punitivista, apregoadora da necessidade de tratar os delinquentes contumazes e os macrodelinquentes como inimigos da sociedade, também produziu, como contrapartida, a reação adversa a esse mesmo movimento. O principal expoente dessa corrente punitivista é Gunther Jackobs (2012, p. 28), que propõe a implantação de uma sistemática especializada para punir os infratores reincidentes e os que cometem ilícitos de grande gravidade, tratando-os como inimigos sociais e, portanto, excluídos das proteções jurídicas do pacto social (2012, p. 28).

Nota-se que muitos juristas, dentre os quais podem ser citados o Eugênio Raul Zaffaroni (2000), Nilo Batista (2010) e Luigi Ferrajoli (2002), opondo-se ao punitivismo, postulam a adoção da ideologia garantista, que porfia pela observância dos direitos, das liberdades e das garantias subjetivas, em todas as espécies de processos sancionadores. Napoleão Maia Filho opina que essa reação possui múltiplas explicações e anota que:

a primeira grande mudança no padrão do judiciarismo clássico

foi, certamente, a redescoberta dos valores jurídicos e da sua aptidão para incidir na produção das soluções judiciais, ou seja, para legitimar o afastamento da aplicação obrigatória das disposições legais, na elaboração de tais soluções; são muitos os motores dessa mudança e entre eles acham-se

(i) o recrudescimento dos positivismos, que geraram sistemas jurídicos acintosamente indiferentes à equidade e à justiça; (ii) o progressivo fortalecimento dos direitos humanos e dos direitos fundamentais, movido pela divulgação, em escala mundial, das brutais condições de vida de vastos contingentes da humanidade; (iii) a constatação do alastramento da pobreza e da miséria, com o seu cortejo de insurreições e massacres sistemáticos, inclusive os genocídios pela fome; e (iv) os movimentos sociais globais em favor das minorias raciais, religiosas, econômicas, sexuais ou de algum modo privadas do acesso aos bens materiais e espirituais da cultura humana, como saúde, educação, trabalho, moradia, dignidade e justiça, e a eclosão da preocupação com a constante destruição do meio-ambiente natural. (2015, p. 68).

Por causa desse fenômeno, aliás inegável, interessante sobretudo aos penalistas e aos estudiosos do Direito Penal, outras searas jurídicas em que se debatem os problemas das infrações – como o Direito Administrativo, por exemplo – foram também afetadas pelos efeitos daquela expansão. É por causa disso que se tem alvitrado, com relativo sucesso, apesar das muitas resistências, a extensão das garantias processuais penais para os demais domínios do Direito Sancionador e para todas as províncias do Direito, ou seja, a força dos seus princípios e a regulação de suas leis.

A simpatia por essa expansão garantística é, sem dúvida alguma representativa de evolução jurídica compatível com as mais recentes conquistas do humanismo processual e dos próprios direitos humanos. No entanto, observa-se que a absorção da ideia garantista, pelas instâncias julgadoras, é lenta, bastando ver que a jurisprudência dos tribunais a registra em casos esparsos, conforme se apontará mais adiante. Corroborando a ideia da lenta absorção do garantismo, perdura a defesa do legalismo, que não ousa se afastar das leis escritas, ainda quando se anota que a solução por elas alvitrada não atende aos ditames da justiça.

Registra-se essa tendência, por exemplo, na sugestão da remessa de ofício na ação de improbidade julgada improcedente (STJ, 1a. Seção. EREsp. 1.220.667-MG, Rel. Min. Herman Benjamin, julgado em 24/5/2017). Para elaborar essa conclusão, o Ministro Herman Benjamin se apoiou em precedentes de sua própria lavra (REsp. 1.556.576/PE; DJe 31/5/2016 e REsp. 1.219.033/RJ, DJe 25/04/2011), bem como em julgado relatado pelo Ministro Castro Meira (REsp. 1.108.542/SC, DJe 29.5.2009), que invocou a aplicação analógica da primeira parte do art. 19 da Lei 4.717/65. Tal

diretiva, adotada pela Primeira Seção do STJ, quanto à necessidade de reexame necessário na ação de improbidade administrativa, revela aquele viés punitivista, porque cria uma oportunidade a mais para imposição de sanções, quando a própria lei sancionadora não a contempla. Apesar de haver julgados mais recentes em sentido contrário (REsp. 1.115.586/DF, Rel. Min. Gurgel de Faria, Primeira Turma, DJe 22/08/2016, e REsp. 1.220.667/MG, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, DJe 20/10/2014), os acórdãos emitidos pela Primeira Seção preponderam, na jurisprudência do STJ, sobre os oriundos das Turmas, no caso, da Primeira Turma. Por essa razão se pode dizer que se trata de uma tendência que tem grandes chances de se converter em diretriz.

A Lei de Improbidade Administrativa (Lei 8.429/92) serve de referência para a exemplar demonstração da expansão garantística e, em razão disso, cresce o interesse pelos estudos jurídicos sobre os institutos que foram por ela postos em circulação no sistema repressivo brasileiro. Essa lei (Lei 8.429/92) visa, sobretudo, a sancionar os agentes praticantes (i) de atos lesivos ao patrimônio público, (ii) propiciadores de enriquecimento ilícito ou (iii) ofendentes dos princípios da Administração Pública, mas é perpassado o seu texto, em diversas oportunidades, com a abertura de intervenções defensivas, como a prévia ouvida do acionado, antes de recebida a inicial da ação (art. 17, § 7o.), a juntada de elementos materiais que instruem o pedido (art. 17, § 6o.), a extinção da ação a qualquer tempo (art. 17, § 11) ou a exigência do trânsito em julgado da condenação, para efetivação da sanção de demissão ou suspensão dos direitos políticos (art. 20, parág. único).

Como se vê, o tema em apreço tem implicações diretas com o amplo universo dos direitos em geral e, particularmente, com os ramos do Direito Sancionador, tanto no campo substantivo como, igualmente, no domínio jurídico processual, com o Direito Administrativo e, ainda, com o Direito Constitucional.

Este assunto pode, portanto, ser inserido em áreas ou searas jurídicas confinantes, sobretudo quando se leva em conta que a tendência contemporânea do Direito Sancionador aponta o rumo da maior proteção às pessoas imputadas e, nesse sentido, a teoria da bagatela ocupa um lugar proeminente. Isso porque atinge, em primeiro lugar, a própria configuração dos ilícitos (aspecto material), como também abrange, em segundo lugar, a sua questão processual, envolvendo a verificação da justa causa da Ação de Improbidade Administrativa (aspecto processual), sob o ângulo do bem jurídico tutelado e da justa causa da ação sancionadora.

Deste modo, o tema da bagatela pertence, como se expõe a seguir, ao domínio da própria materialidade do ilícito, significando que, quando a repercussão material do ato ilegal for de mínima ofensividade, é recomendável que a sua repressão se faça por outras sanções, deixando-se as penas da improbidade para os atos que são ofensivos em grande escala. Essa orientação tende a aprofundar a distinção material entre a ilegalidade e a improbidade.

1.3. Bagatela e ato de improbidade administrativa

O tema em tablado (o princípio da bagatela) tem berço no Direito Processual Penal e o seu desenvolvimento se deu no domínio do Direito Penal, tanto que, para os penalistas, este é um assunto familiar, a cujo respeito nem são mais necessárias explicações ou fundamentos. Na seara penal, a única dificuldade quanto à bagatela é a demonstração de sua aplicação a determinado caso concreto, mas a sua aceitação doutrinária não é mais posta em dúvida.

É claro que o tema da bagatela afronta abertamente o pensamento punitivista, que tenciona, pelo contrário, reduzir ou mesmo suprimir garantias subjetivas, materiais e formais. Um indicativo dessa premissa é o teor da Súmula 599 do STJ, que afasta, sem qualquer ressalva, a incidência do princípio da bagatela, nos crimes contra a Administração Pública. Esse indicativo revela também que o garantismo judicial depende, essencialmente, da mentalidade dos julgadores, pois, como registra Napoleão Maia Filho, o garantismo:

não cabe na exiguidade de uma fórmula ou nos limites de um conceito. Como ideia expansiva, é mais do que as garantias legais/processuais das pessoas submetidas à temível jurisdição estatal sancionadora: pressupõe a disposição intelectual dos juristas para acolher, nas suas reflexões, o universo inesgotável dos valores e dos princípios do Direito e a complexidade dos inumeráveis fatos da vida humana. Essa disposição não se esgota no enaltecer os meios de defesa contra imputações vácuas, postos como obras de arte no sistema jurídico. O garantismo se alarga, constantemente, graças, sobretudo, às criações tópicas dos Advogados, ampliando a eficácia dos meios de controle e limitação do poder estatal punitivo. A efetividade das defesas jurídicas, na perspectiva da ideologia do garantismo, não se define a priori, mas no contexto analítico de cada caso concreto. O garantismo é o antídoto judicial contra o inquisitorialismo e o punitivismo, que aceitam a narrativa da acusação como elemento do ilícito e o imputado como inimigo social, mesmo antes de concluído o processo condenatório. (2018, Prefácio).

Cumprido por em destaque, e como manifesto indício de mudança em direção

garantista, que o próprio STJ tem adotado, em alguns casos, orientação contrária à Súmula 599. Isso não quer dizer que o Tribunal tenha desistido da sua diretriz sumulada, mas serve para mostrar que há julgados com espírito atento a sua evidente demasia. Isso também sinaliza que o fato de existir uma regra jurisprudencial sumulada não importa, automaticamente, o seu seguimento ou a sua aceitação sem reflexão. No Direito Sancionador, o cumprimento linear de regras apriorísticas sempre acarreta injustiças, como a desconsideração dos elementos singularizantes da conduta punível. Eis alguns exemplos da superação da referida Súmula: RHC 101.349/MG, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, DJe 01/10/2018; RHC 85.272/RS, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, DJe 23/08/2018; Resp. 1.709.029/MG, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, DJe 04/04/2018; RHC 106.210/CE, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, DJe 13/08/2019; e AgRg no HC462.482/SC, Rel. Ministro Rogério Schietti Cruz, DJe 14/05/2019.

Anote-se que foi nos domínios científicos do Direito Penal – e convém deixar, desde logo, bem frisada essa anotação, quanto ao berço da doutrina da bagatela – que surgiu e se firmou a tendência contemporânea, o qual se observa entre os doutrinadores, no sentido de reduzir-se ao máximo a tipificação de condutas sancionáveis, deixando-se, evidentemente, à aplicação de outras normas sancionadoras a função de repressão daquelas condutas que, mesmo típicas, não ofendem – ou não lesam – direta e imediatamente bens jurídicos dotados de relevância.

A aceitação da ideia de bagatela penal tem o seu ponto de partida na concepção moderna da estrutura do ato infrator ou infracional, como observa Maurício Antônio Ribeiro Lopes, anotando que:

no exato momento em que a doutrina evoluiu de um conceito formal a outro material de crime, adjetivando de significado lesivo a conduta humana necessária a fazer incidir a pena criminal pela ofensa concreta a um determinado bem jurídico, fez nascer a ideia da indispensabilidade da gravidade do resultado concretamente obtido ou que se pretendia alcançar. O princípio da insignificância, assim, vem à luz em decorrência de uma especial maneira de se exigir a composição do tipo penal, a ser preenchido, doravante, não apenas por aspectos formais, mas também, e essencialmente, por elementos objetivos que levam à percepção da utilidade e da justiça de imposição de pena criminal ao agente. (1997, p. 33).

Francisco de Assis Toledo (1928-2001), que foi Procurador da República e Ministro do STJ, diz, sinteticamente, que

o Direito Penal, por sua natureza fragmentária, só vai até onde

seja necessário para a proteção do bem jurídico. Não deve ocupar-se de bagatelas. (2000, p. 87).

A noção de que somente as condutas infratoras de bens jurídicos relevantes merecem a atenção da função sancionadora estatal é a ideia fundamental que domina o pensamento jurídico da atualidade. No entanto, legisladores, juristas, professores e magistrados, não tendem a dar muito valor a essa vocação do nosso tempo, preferindo criar, algo profusamente, figuras típicas que servem mais para disseminar inseguranças, medos e inquietações, do que promover a paz social. Jesus Maria Silva Sánchez assinala esta tendência e diz ser uma aspiração ingênua combater a criminalidade apenas gerenciando os seus efeitos ou reduzindo a aplicação dos princípios sancionadores, que seriam, do ponto de vista punitivista, sutilezas que se opõem a uma solução real dos problemas da segurança. (2002, p. 69).

Será preciso sempre recordar que o Direito Sancionador tem por escopo controlar, limitar e conter a potestade punitiva do Estado, por isso essas tarefas – controle, limitação e contenção – somente deveriam ficar a cargo de quem tivesse a visão ideológica de impor essas restrições, ou seja, de quem tivesse a vocação garantística.

Pareceria mais ou menos intuitivo que essa doutrina assustasse aqueles que ainda pensam – romanticamente – que a criminalização desenfreada de condutas antissociais, seguida da fúria condenatória a qual assola o poder judicial, possa atuar como elemento de dissuasão da criminalidade, por isso que asseguram esses estudiosos – com a maior dose de sinceridade e boa fé – a aceitação da bagatela sancionadora é uma espécie de porta aberta para a completa fragilização do sistema estatal repressivo.

Esse ponto de vista foi sustentado no Brasil por Francisco Campos, inspirador do Código Penal de 1940 e Código de Processo Penal de 1941, disseminando, desde então, entre os juristas nacionais a noção de que a efetividade e a eficiência no Direito Penal dependiam, substancialmente, da redução das garantias individuais. A exposição de motivos desses Códigos mostra como isso era determinante no pensamento jurídico penalista brasileiro, na metade do Século passado.

Mas a pancriminalização de condutas, por outro lado, reforça a natureza policial latente, que se incrusta no interior das instituições estatais – inclusive, ou também, naquelas que servem de estrutura ao funcionamento do Estado de Direito –

como anotou Eugênio Raúl Zaffaroni, referindo-se ao Direito Penal, ao afirmar que:

todo Estado de Direito contém um Estado de Polícia em seu interior, que pugna pelo rompimento de seus limites. O Estado de Polícia não morreu, sobrevive em cada Estado de Direito, melhor ou pior espartilhado por este. Na realidade histórica, não há Estados de Direito perfeitos, senão modelos concretos que se aproximam mais ou menos do ideal, segundo contenham em maior ou menor medida o Estado de Polícia que trazem em seu interior. (...). A manifestação mais importante do Estado de Polícia é o poder punitivo que, por sua estrutura, é sempre violento e discriminatório. A função do Direito Penal liberal é contê-lo dentro de limites de menor irracionalidade, de tal forma que o Direito Penal se converta em apêndice indispensável do Direito Constitucional do Estado de Direito. (2000, Prefácio).

Essa observação de Zaffaroni é, sem dúvida alguma, aplicável a todas as relações estatais em que se acha em atuação o poder punitivo ou sancionador, quer se desenvolvam no âmbito da criminalidade – e essa é a sua matriz histórica e cultural inconfundível – quer se desenvolvam em outros âmbitos sancionadores, como o domínio infracional administrativo e a ação sancionadora de atos de improbidade administrativa, porquanto, também nesses âmbitos extra-criminais, mas viabilizadores da imposição de penas e sanções, o elemento central da atividade é, precisamente, o uso intensivo da função de punir, do poder de sancionar, da força para castigar. O pensamento de Zaffaroni se apóia em que as práticas estatais sancionadoras se efetivam por meio de ações violentas. A violência estatal sancionadora, porém, não se limita à repressão de crimes, embora seja contra eles que tal repressão se dirige, preferencialmente. Também na repressão de ilícitos civis, como os atos de improbidade, a violência estatal se manifesta e, por conseguinte, na sua efetivação, se impõe a aplicação das mesmas contenções que se aplica relativamente aos crimes.

A função de punir, inclusive mediante o emprego sistemático da violência – recorde-se mais uma vez – é a característica mais notável do processo de consolidação dos Estados, quando a intensificação da atividade legislativa tipificadora de delitos cumpria um propósito muito mais político do que jurídico, porquanto se destinava, essencialmente, a dominar ou neutralizar os inimigos e adversários internos e destruir as suas resistências, bem como, igualmente, amedrontar os inimigos externos, com o emprego do vasto e diversificado arsenal de medidas e meios eficientes e implantar as técnicas – eficazes técnicas – de obtenção daquele aludido propósito da consolidação política.

Aliás, nesse aludido processo, um dos pontos mais salientes é a criação das

estruturas judiciais centralizadas, que são as matrizes do monopólio estatal da jurisdição, com a exclusão de todas as outras formas de prevenção, composição e mediação de conflitos, conforme demonstram os pesquisadores holandeses Wim Blockmans e Peter Hoppen-Brouwers, em análise histórica da formação dos grandes Estados Europeus (2012, p. 471).

O abrandamento do rigor das penas é um capítulo mais moderno e completamente à parte dessa história, do mesmo modo que o movimento pela atribuição de caráter subsidiário ao Direito Penal, significando que o emprego de seus institutos seria a *ultima ratio* das reprimendas, é recente e – de certo modo – ainda meio hesitante. Na verdade, em inquietantes e amiudados episódios, vê-se que a fúria tipificadora de ilícitos mostra-se viva e frequentemente ameaçadora, ou seja, o Estado Policial mostra frequentemente as suas garras longas, afiadas e mortais.

Carlos Vico Mañas, dissertando com absoluta propriedade sobre essa questão da minimalização das figuras criminais, diz que há três técnicas coincidentes aplicáveis para se alcançar aquele equilíbrio desejável do sistema punitivo, que assim explana, atribuindo a cada uma delas uma espécie de qualidade ou critério autônomo para justificar a formação do juízo a respeito da realidade da infração:

(a) o critério da adequação social – a adequação social pressupõe a aprovação do comportamento pela coletividade, tendo em conta um juízo sobre o desvalor da ação, separado, porém, do desvalor do evento;

(b) o critério da concepção realística do crime – quanto à concepção realística do crime, o que se põe em resalto é a sua baixa ofensividade – ou mesmo a sua inofensividade – o que deve levar ao juízo de sua inidoneidade para lesionar o interesse protegido, não obstante se trate de conduta formalmente típica; e

(c) o critério da insignificância, que se refere à própria configuração do tipo sancionável, indicando que a tipicidade não se esgota no juízo lógico formal de subsunção do fato ao tipo legal de crime. (1994, p. 31).

As reflexões desse jurista, como se vê, encaminham a apreciação da realidade das infrações – criminais ou não – para a verificação da sua objetividade ofensiva e da sua lesividade concreta, podendo ser afirmado que, se ausentes essas cargas pesadas (com eficácia potencial ou efetiva), não se estará diante de uma figura delitiva, embora se possa visualizar o preenchimento do seu correspondente tipo legal infracional em abstrato. Talvez compondo possivelmente outro ilícito punível, mas não com as iras da lei sancionadora, como parece evidente, por faltar-

lhe ofensividade ou lesividade e, portanto, faltar-lhe a configuração típica material.

É uma tarefa de grande complexidade a de identificar os tipos infracionais também pelos seus resultados gravados pela ofensividade e lesividade, quando muito mais ágil e produtivo, do ponto de vista do consequencialismo, sem dúvida alguma, é a tarefa de identificar essas figuras diretamente nas próprias infrações à norma legal sancionadora.

O jurista que se contenta com a verificação da infração da norma sancionadora, para justificar a movimentação do aparato estatal repressor, sem descer à realidade da dimensão do dano em concreto (lesividade), seguramente contribui para atrasar a compreensão jurídica das ideias garantistas e também se alinha entre os que advogam o recrudescimento dos autoritarismos. As garantias processuais – todas elas – crescem e se dinamizam dentro do processo judicial, muita vezes independentemente de previsões normativas. Porém, mesmo quando há regras de proteção individual, pode-se detectar que dentro do processo judicial crescem atitudes judicantes adversas a elas. A aceitação, por exemplo, do *periculum in mora* presumido, nas ações de improbidade administrativa, ilustra satisfatoriamente esta assertiva (Resp. 1.366.721/BA, recurso julgado como representativo de controvérsia).

Quando alguém diz, por exemplo, que o recebimento de propina, por servidor público, constitui um ilícito administrativo, geralmente se diz que toda a ilicitude desse ato está contida no recebimento daquele valor ilícito, qualquer que seja, portanto, a sua eventual expressão financeira ou em dinheiro, não vindo ao caso saber-se se tal valor é de R\$ 15,00 ou de R\$ 150.000,00. Não importa, pelo menos como empreendimento intelectual relevante, investigar-se as eventuais escusas que o servidor possa ter. Ou seja, mesmo antes de ser apresentada, essa escusa já está recusada, isto é, não se aceitará nenhuma desculpa.

Em uma situação conforme acima relatada, diz-se que todos os elementos do tipo sancionável já estão apurados, que está evidente a antijuridicidade da conduta e que os seus resultados lesivos também saltam aos olhos de todos os observadores do episódio. Essa é uma tentação a que se deve resistir, porquanto a relevância ou a magnitude dos efeitos lesivos da conduta devem ser sopesados na própria atividade de identificação judicial da conduta do agente, apontada como caracterizadora do tipo infracional.

Mas se deve ressaltar que a tradição jurídica que hipervaloriza os interesses

estatais tende a descartar a aplicação desse raciocínio minimalizador das repressões, quando a parte ofendida é o poder público, por isso há uma enorme resistência dos julgadores em adotar o preceito de *minimis non curat praetor*, de nascentes do Direito Romano. Esse preceito significa que o juiz (pretor) não se ocupa de coisa sem importância, o que passou aos sistemas jurídicos posteriores com a denominação de bagatela, indicando lesão de pequena monta ou de montante desprezível. Essa orientação não foi, porém, acolhida no verbete 599 da Súmula do STJ, como se analisará mais adiante.

O fundamento contemporâneo da teoria da bagatela penal é a consciência de que a privação da liberdade pessoal (nos casos de crimes) ou da livre disposição dos bens das pessoas (nos casos de infrações não criminais) somente se justificam quando (e se) manifestamente necessárias e o critério mais seguro dessa necessidade, com certeza, envolve o valor que se possa atribuir aos bens juridicamente protegidos. No entanto, registra-se reação a esse entendimento, quando se afasta, por exemplo, a aplicação genérica da bagatela, em crimes contra a Administração Pública, sem levar em conta a magnitude material do ilícito e a orientação do STF em favor da sua admissibilidade:

Habeas corpus. 2. Furto simples de blusa de frio, marca Adidas, no valor de R\$ 99,00. Sentença absolutória reformada pelo Tribunal. 3. Réu, à época da condenação, primário. 4. Aplicação do princípio da bagatela. Possibilidade. Precedentes. Peculiaridades do caso. 5. Reconhecida a atipicidade da conduta. 6. Ordem concedida para restabelecer a sentença de primeiro grau que aplicava o princípio da insignificância. (AgR no HC 139.738, Relator p/Acórdão Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, DJe 31.07.2018).

É bem verdade que este julgamento diz respeito a crime no âmbito de lesão a bem particular, enquanto o enunciado 599 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça, em situação de crime contra a Administração Pública, indica sentido vetorial em contrário, promovendo o que, na linha dos pensadores de perfil garantista, pode-se ter como retrocesso, ao afirmar: “*O princípio da insignificância é inaplicável aos crimes contra a Administração Pública*”.

Nem se diga que a súmula se justifica diante do bem jurídico protegido, porquanto, nos delitos tributários, o bem jurídico protegido é o mesmo (Administração Pública, interesse público) e se aplica a bagatela para ações abaixo de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais).

Essa orientação sumular torna possível a persecução criminal, ainda que de baixíssimo potencial ofensivo e causadora de dano absolutamente desprezível.

Servem de exemplos de situações como essas o furto de um extrator de grampos, de uma caixa de clips, de 10 folhas de papel, dentre outros eventos que podem ser objeto de sanções administrativas mínimas – como a advertência – mas não se elevam ao nível de condutas ímprobas e, muito menos, criminosas.

A orientação dessa Súmula nivela os graus de lesividade das ações criminosas contra a Administração Pública. Aplicando-se este nivelamento aos atos de improbidade administrativa, se terá, em breve tempo, a linearização das sanções desses atos, já que todos eles materializam condutas contra a Administração Pública. O que se deve ter em mente é que os atos infracionais devem ser punidos não em função da pessoa ofendida, mas em razão da lesão que causa ao bem juridicamente protegido. Ninguém, certamente, dirá que quaisquer ilícitos contra a Administração Pública são iguais em termos de causar prejuízo ou lesão. Isso seria negar a obviedade, calcada na observação dos fatos, de que as condutas infracionais são, necessariamente, providas de diferentes forças lesivas. Por essa razão, como se disserta no item seguinte, ações de improbidade administrativa não são os meios processuais adequados para reprimir atos meramente ilegais.

A bagatela nas ações de improbidade

A orientação que distingue os tipos infracionais pela sua gravidade se dirige à tipificação material dos ilícitos listados nos arts. 9o. (enriquecimento ilícito), 10 e 10-A (prejuízo ao erário) e 11 (ofensa aos princípios) da Lei 8.429/92, que constitui objeto deste estudo, além de outras infrações ímprobas, listadas em outras leis esparsas. Cabe reiterar que a referência constante a institutos garantísticos penais e a sua aplicação ao processo sancionador de improbidades deriva da compreensão de que todos eles (crimes e improbidades) são, do ponto de vista material, infrações a direitos e interesses da Administração Pública. Por conseguinte, a uns e a outros podem e devem ser aplicados os mesmos institutos garantísticos, porque constituem elementos primários da contenção do poder estatal punitivo, que não se exerce apenas por meio dos procedimentos penais, mas também por meio de ações cíveis.

Aliás, conforme garante a Carta Magna, no art. 5o., LV, *aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes*. A interpretação axiológica dessa passagem constitucional leva à conclusão de que

nenhuma garantia processual pode ser validamente afastada e isso serve de matriz ao pensamento garantista aplicável à ação de improbidade, particularmente, à invocação do elenco de garantias processuais penais contemporâneas, que são as mais refinadas.

Não se poderá, portanto, falar em enriquecimento ilícito de quem aufere, mesmo ilicitamente, uma vantagem patrimonial exígua, inexpressiva, incapaz de ocasionar ou de revelar um aumento patrimonial notável ou produzir um sinal exterior de riqueza. O art. 9o. da Lei 8.429/92 remete o raciocínio do intérprete à identificação de qualquer tipo de vantagem, mas a compreensão dessa expressão não se confunde com vantagem de qualquer valor. É preciso que os juízes das ações de improbidade, além de outros agentes dotados de poder para reprimir esses ilícitos, assimilem a ideia de que sem lesão de monta, sem prejuízo relevante, não se pode falar em ilícito ímprobo nem em crime, apesar de se dever repreender o agente de sua prática.

É claro que os julgadores podem se escudar na lei e dizerem que foi a vontade do legislador que assim definiu as coisas. Essa escusa judicial pode até dar conforto ao juízo condenador, mas revela que o juiz está resignado no papel de refém da lei escrita, mesmo que injusta. Como asseverou Jurgen Habermas, não é sempre que a lei veicula soluções jurídicas justas e, quando isso ocorre:

o juiz preenche o seu espaço de arbítrio através de preferências não fundamentáveis juridicamente e às vezes orienta suas decisões por padrões morais que não são acobertados pela autoridade do Direito. (2012, p. 251).

Aliás, Luís Roberto Barroso explanou doutrinariamente este ponto de vista, pugnando pela aplicação dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, afirmando que eles compõem a cláusula de garantia que assegura a compatibilidade entre o meio empregado pelo legislador e os fins visados. Nas suas palavras:

A cláusula enseja a verificação da compatibilidade entre o meio empregado pelo legislador e os fins visados, bem como a aferição da legitimidade dos fins. Somente presentes certas condições se poderá admitir a limitação a algum direito individual. Aliás, tais direitos não se limitam aos

que se encontram expressamente previstos no texto, mas também incluem outros, fundados nos princípios gerais de justiça e liberdade. (2015, p. 208).

Na exposição de Luís Roberto Barroso, somente seria possível conclusão oposta, se fosse admissível afirmar que são sinônimos perfeitos os termos tipo e valor, o que certamente não seria compatível com a linguagem das leis sancionadoras. De igual maneira, a expressão perda patrimonial (art. 10 da Lei 8.429/92) não se refere a qualquer prejuízo imposto ao erário, senão somente àquela perda que assuma proporções notáveis, o que o juiz da ação de improbidade avaliará topicamente. Na verdade, o significado das coisas somente se revela nos seus contextos. Quando, em Direito Sancionador, se adotam conceitos prévios ou apriorísticos, causa-se mágoa ao direito de defesa, porque se dispensa a acusação de comprovar a realidade das imputações que fez, justamente porque se acolheu a sua pré-conceituação.

Se o critério da relevância quantitativa não for observado – num e noutro caso – então poderá ocorrer que o agente da improbidade que obtenha uma vantagem ilícita mínima ou cause um prejuízo irrelevante ao erário será punido com as mesmas sanções que recairão sobre o agente que obtém vantagem ilícita capítosa ou causa grande prejuízo ao erário. Ocorre, aqui, uma aberta infração ao princípio da proporcionalidade, que tem assento constitucional, bem como de outros, tão valiosos quanto este, como a individualização da pena e a sua adequação.

Isso não quer dizer que o agente de pequenas infrações fique impune, mas apenas que seja punido de acordo com a gravidade de sua falta e que essa gravidade seja ponderada pelo critério da justiça das coisas humanas: sem esse critério, não há julgamento justo, há apenas execução.

Em outras palavras, quando a relevância da vantagem ilícita ou do prejuízo ao erário não se acharem presentes, será preferível, pelo critério da justiça, que os institutos e os agentes estatais da sanção não se movam para impingir sanções punitivas – sejam criminais ou não criminais – embora se deva reprimir a conduta infracional por outros meios jurídicos. Diz-se, pois, que a teoria da bagatela não é incremento da impunidade dos agentes ímprobos e nem promove a fragilização dos mecanismos de defesa social contra as violências.

Na contramão dessa diretriz, o apego ao legalismo se opõe à expansão da ideia minimalista penal para a província processual da Ação de Improbidade Administrativa, regida pela Lei 8.429/92. Não se apresenta, nem na doutrina e nem na jurisprudência dos Tribunais, registro que expresse esta tendência, mas ela pode ser detectada nas

decisões judiciais mais numerosas, tanto em matéria penal como em matéria de improbidade. Penso que são exemplos perfeitos da resistência intelectual ao minimalismo sancionador e à aplicação de princípios jurídicos à punição dos atos de improbidade, a ideia de prolongar-se o início da prescrição, nos casos de renovação de mandados executivos, bem como a imprescritibilidade da ação de reparação de danos decorrentes de atos ímprobos. Cabe lembrar que a prescrição é um instituto provedor de pacificação social e que o grave ilícito penal – o homicídio – se sujeita a prazo prescricional. Não se afina com essa realidade a imprescritibilidade da ação de ressarcimento, tendo em vista que o bem jurídico protegido no caso do homicídio é o mais valioso de todos – a vida humana.

A posição que rejeita a prescrição das sanções por ato de improbidade, porém, não conta com a unanimidade dos estudiosos do Direito. E também dissente do próprio STF. Na verdade, o colendo Supremo Tribunal Federal admite, a teoria da bagatela em crime tributário de sonegação fiscal, quando o valor do tributo sonegado, não ultrapassa R\$ 20.000,00. Não se pode dizer que esse valor seja de expressão ínfima, considerando-se que um salário mínimo anda em torno de R\$ 1.000,00 e os preços correntes das utilidades e dos bens consumidos pelas famílias crescem diariamente. Eis um dos acórdãos em que foi afirmada essa tese:

EMENTA HABEAS CORPUS. DIREITO PENAL. DESCAMINHO. VALOR INFERIOR AO ESTIPULADO PELO ART. 20 DA LEI 10.522/2002. PORTARIAS 75 E 130/2012 DO MINISTÉRIO DA FAZENDA. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. APLICABILIDADE. 1. A pertinência do princípio da insignificância deve ser avaliada considerando-se todos os aspectos relevantes da conduta imputada. 2. Para crimes de descaminho, considera-se, na avaliação da insignificância, o patamar previsto no art. 20 da Lei 10.522/2002, com a atualização das Portarias 75 e 130/2012 do Ministério da Fazenda. Precedentes. 3. Descaminho envolvendo elisão de tributos federais no montante de R\$ 19.892,68 (dezenove mil, oitocentos e noventa e dois reais e sessenta e oito centavos) enseja o reconhecimento da atipicidade material do delito pela aplicação do princípio da insignificância. 4. Ordem de habeas corpus concedida para reconhecer a atipicidade da conduta imputada ao paciente, com o restabelecimento do juízo de rejeição da denúncia exarado pelo magistrado de primeiro grau. (HC 136.984/SP, Rel. Min. Rosa Weber, DJe 14.3.2017).

Mas é evidente, por outro lado, que há uma parca tendência à adoção do princípio da bagatela no âmbito administrativo punitivo, ou seja, no âmbito da Ação de Improbidade Administrativa perante os Tribunais Superiores, cuja pesquisa será empreendida mais adiante. No entanto, os pesquisadores do Direito, no âmbito acadêmico, têm dado atenção a essa temática, como se vê em artigos e trabalhos

monográficos de Emerson Gabardo (Revista Fórum Administrativo. Belo Horizonte: ano 12, no. 134, abr/2012), Marco Antônio Praxedes de Moraes Filho e Pedro Miron de Vasconcelos Dias Neto (Revista TC do Estado do Ceará), Otavio Henrique Simão e Cucinelli (Da Aplicação do Princípio da Insignificância aos Atos de Improbidade Administrativa, Dissertação de Mestrado, São Paulo, USP, Faculdade de Direito, 2015).

O panorama que se desenha na pesquisa, até aqui empreendida, contém elementos reveladores de que o crescimento das iniciativas judiciais sancionadoras, tangidas pelo cometimento de infrações ímprobas contra a Administração Pública, acarretou, naturalmente, a expansão das questões jurídicas enlaçadas neste tipo de ação. Não é estranhável, assim, que essa evolução requeira elaborações mais especializadas, a cargo dos agentes estatais dessas mesmas iniciativas, isso no âmbito administrativo interno (PAD), como também dos julgadores judiciais, já que nas instâncias da justiça serão elaboradas as conclusões finais sobre esses ilícitos.

É claro que a exigência da tipificação da conduta é indispensável à configuração do ilícito, não se podendo cogitar de infração que não tenha sido previamente desenhada em todos os seus detalhes, bem como estipulada a sua correspondente sanção. Entretanto, não se pode esquecer e nem mesmo minimizar que a atividade infracional é, também, *essencialmente humana*. Isso quer dizer que, na apuração de um ato de improbidade, não se pode desprezar o elemento subjetivo integrado na conduta, aplicando-se, nesse caso, o postulado básico da teoria finalista. Segundo esta teoria, o ilícito, por ser uma conduta humana, está sempre agregado ao elemento volitivo do agente. Todo mal e todo bem praticado pelo ser humano traz, em alguma medida, uma manifestação de sua vontade. Em outras palavras, a realização objetiva do tipo não completa, por si só, a configuração do ato ilícito.

Refinamento conceitual do jusprincípio da bagatela

O Direito Sancionador é um mecanismo normativo pelo qual o Estado desempenha o seu poder de punir, por isso, do ponto de vista da sua legitimidade, esse poder depende diretamente da presença, na conduta do agente, de elementos reais efetivamente ofendentes de determinados bens juridicamente protegidos e sempre dentro dos limites da sua atuação legal. Essa exigência, no entanto, não se esgota apenas na infringência ao enunciado positivado por meio da atividade legislativa, mas envolve, também, a dimensão axiológica ou valorativa da conduta praticada.

Quando se cogita da conceituação de ato infracional administrativo, é altamente prestante o recurso ao conceito de crime, porque esse conceito é o que já recebeu, ao longo da sua demorada evolução jurídica, as atenções mais fixas e as elaborações mais precisas, de sorte que a sua revisita é sempre proveitosa e útil. Os doutrinadores penalistas ensinam que crime é o fato humano típico, antijurídico e culpável, sendo que cada um desses elementos pode ser objeto de importantes desdobramentos elucidativos, cabendo destacar, entre eles, a tipicidade.

Os tipos infracionais administrativos, máxime no Estado Democrático de Direito, também se desenham com reprodução dos elementos próprios dos ilícitos penais. Se assim não se fizer, poderão ocorrer ações sancionadoras de improbidade, sem que estejam presentes na conduta infratora elementos como a lesividade, a culpa ou o dolo, o tipo e quaisquer outros que são aptos a fechar a figura da conduta. No Estado Democrático de Direito ninguém pode ser punido, quer na via penal, quer na via administrativa, sem que tenha cometido uma infração previamente definida e nem sujeitar-se a uma pena que não tenha sido antecipadamente estimada em abstrato. Essa exigência decorre da evolução do controle do poder estatal punitivo, dos limites aplicáveis às iniciativas sancionadoras e da própria cultura contemporânea enraizada nos direitos fundamentais e humanos.

Na opinião de Gilmar Ferreira Mendes, *é pacífica a orientação jurisprudencial quanto a ampla aplicação do postulado do contraditório e da ampla defesa no âmbito dos processos administrativos disciplinares* (2009, p. 610). Para Napoleão Maia Filho, *no processo administrativo disciplinar, seja qual for o seu conteúdo, deve se primar pela observância de todos os institutos garantísticos do Processo Penal comum – todos eles, sem exclusão de nenhum – pois é desse ramo jurídico processual que emanam os princípios e as normas e as regras que protegem as pessoas submetidas ao poder estatal punitivo* (2012, p. 225).

Na visão de Damásio de Jesus, são componentes do conceito de ato típico (i) a conduta (dolosa ou culposa); (ii) o resultado (salvo nos crimes de mera conduta); (iii) o nexó de causalidade entre a conduta e o resultado (salvo nos crimes de mera conduta e formais) e, por fim, (iv) a tipicidade (1995, p. 198). Para Luiz Flávio Gomes, a figura delitiva sempre depende de uma violação efetiva a um bem juridicamente protegido, pois, como ensina,

a mera subsunção (formal) do fato à descrição típica não é suficiente para fundamentar a incriminação, muito menos para impor uma

sanção penal. Para a existência de um delito, destarte, segundo a concepção constitucionalista que sustentamos, já não basta a mera adequação da conduta aos enunciados verbais, senão uma violação efetiva do bem protegido e desde que essa ofensa seja objetivamente imputável ao risco proibido criado. Não basta o desvalor da ação (a realização de uma conduta valorada negativamente pelo legislador), sendo também indispensável o desvalor do resultado (lesão ou perigo concreto de lesão ao bem jurídico), assim como respeito à imputação objetiva. (2003, p. 79).

A concepção de que o ilícito deve provocar um efeito empírico visível, prejudicial, relevante e concreto é nuclear do poder estatal punitivo, porquanto, fora desses limites reina o arbítrio e se abrem as portas para as violências institucionais. Essa concepção deve ser estendida à compreensão dos atos de improbidade, já que, além de esses atos representarem infrações contra a Administração Pública – muitos deles têm os seus desenhos coincidentes com os dos crimes contra a Administração Pública – são estruturalmente idênticos aos crimes e as penas que lhes são cominadas de extrema severidade.

1.4. Ilícitos de baixa ofensividade: bagatelas

É pela via da identificação da baixa ofensividade da conduta infracional que se conclui, no domínio científico do Direito Sancionador, que os atos que não produzem resultados relevantes, em termos de ofensa ao bem jurídico protegido, não cabem no conceito nem de crime nem de ato ímprobo. A ideia de bagatela infracional significa, precisamente, a ocorrência de um conduta humana típica, porque assim considerada pelo ditado normativo (lei ou regra), mas que produz, no mundo empírico, apenas resultados de todo inexpressivos ou descartáveis, evidenciando a sua patente desimportância para a atividade estatal punitiva. É exatamente assim que ocorre com os crimes.

A questão que se põe, agora, é a de identificar os tais resultados lesivos ou ofensivos, necessariamente decorrentes da conduta do agente, e que não poderão ser apurados apenas com a verificação da infração à regra proibitiva. A verificação da infração à regra proibitiva é somente o primeiro elemento da apuração do ilícito, pois o seu elemento essencial ou estruturante (do ilícito) é a lesão relevante, objetiva e concreta, ao bem jurídico a cuja preservação a regra proibitiva se direciona. A preocupação jurídica com o resultado lesivo é o ponto essencial da teoria do ilícito: o resultado lesivo é o elemento justificador do ilícito, isto é, sem esse resultado, não há ilícito, embora haja, sem dúvida, uma infração à regra que proíbe aquela conduta.

Assim se observa que a infração à regra proibitiva deve ensejar um prejuízo efetivo. Esse prejuízo efetivo, vulnera o bem juridicamente protegido pela norma incriminadora, porquanto é ao resguardo desse mesmo bem jurídico que ela (a norma incriminadora) se dirige. Por conseguinte, a existência do ilícito correlaciona-se diretamente com a norma incriminadora, do mesmo modo que se correlaciona com o bem jurídico por ela tutelado e, ainda, com os resultados da conduta do agente. Sustentam este ponto de vista Eugênio Raul Zaffaroni (2000) e Mauro Roberto Gomes de Mattos (2009, p. 678).

Pode-se afirmar, com base nos autores acima indicados, que somente se concretiza o ato ilícito ímprobo ou a conduta tipicamente infracional ímproba – tanto no crime quanto nas ações sancionadoras cíveis – quando essa mesma conduta ofende ou lesiona de maneira grave um bem juridicamente protegido, causando-lhe agravo ou prejuízo relevante, no plano normativo e, igualmente, no plano empírico.

No plano das infrações administrativas ímprobas essa relação é de constatação objetiva, embora haja doutrinadores que advoguem ser a ação de improbidade uma ação civil e, portanto, regulável primordialmente, pelas regras do procedimento civil comum ordinário, não se lhe aplicando a procedimentalidade que vigora no Direito Sancionador, como sustenta Camila Paula de Barros Gomes (2018, p. 54).

A definição de bem jurídico, como observa Alice Bianchini, feita em função do conceito de crime, encontra-se, no entanto, sujeita a câmbios de ordem histórica, sem excluir outras circunstâncias de igual peso, por isso acha-se em situação não pacificada (2002, p. 51). A questão do bem jurídico protegido se conecta com a argumentação da ofensividade disparada pela conduta e vem daí a preocupação com esse resultado, conforme afirma a autora. Eugênio Raul Zaffaroni é ainda mais incisivo ao dizer que *a cominação penal como resposta a uma ação que não afeta o direito de ninguém, é uma aberração absoluta que, como tal, não pode ser admitida porque lesiona de modo excessivo o princípio da racionalidade republicana* (1991, p. 240).

Mas o florescimento da teoria do injusto penal adaptada à compreensão de bem jurídico, no domínio do Direito Penal, não impede – e até sugere – que o seu conceito seja de uso intensivo na seara sancionadora geral, notadamente, entre os cultores do jusgarantismo judicial. E assim porque a ofensa ou a lesão a um bem jurídico constitui o núcleo da própria noção do ilícito, ao ponto de se poder afirmar que, sem a vulneração a esse valor, não se poderá, com legitimidade, cogitar-se de ato sancionável.

A definição de bem jurídico tutelado pela regra incriminadora se inclui no quadrante da política estatal que a acolhe e o entendimento do seu conceito coincide com a compreensão dos valores sociais vigentes e que são, com efeito, determinantes daquela definição. Essa definição orienta os juristas penalistas na sua reflexão de que, como assinala Alice Bianchini:

os entendimentos acerca de bem jurídico sofreram inúmeras variações históricas e continuam distantes de assentamento. Sua concepção, no interior do Estado moderno, decorre das limitações impostas ao Direito Penal e deve ser compreendida a partir dos princípios e valores que determinam esse tipo de estrutura política.

E acrescenta que:

a tarefa que ora se propõe – intelectualmente exigente – é a conceituação do bem jurídico penal. Será privilegiado o seu aspecto material, já que a meta do trabalho é instituir o percurso a ser considerado no momento de se criminalizar in thesi determinada conduta, interessando, portanto, os aspectos que a antecedem. (2002, p. 37).

A apuração da ofensa ao bem jurídico, portanto, passa a ser o ponto de interesse de maior relevância no processo intelectual de definição e aplicação dos procedimentos estatais sancionadores, de sorte que o poder estatal punitivo se concentre somente na repressão a condutas que efetivamente lesem de maneira significativa o aludido valor.

Se o poder estatal punitivo se envolver na repressão de coisinhas de importância mínima (bagatelas), ocorrerá a banalização deste importante poder do Estado e do Direito Sancionador, levando a práticas autoritárias para justificar atividades repressoras. Além disso, se imporão sanções pesadas a pessoas que praticaram atos de gravidade menor, nivelando-as àquelas pessoas que cometeram condutas mais ofensivas. Vê-se aí, claramente, uma prática sancionadora absolutamente injusta, por se punir com a mesma sanção situações díspares, quanto às respectivas ofensividades. Esse modo judicante ofende, também, o postulado da proporção entre a gravidade da ofensa e a aspereza da sanção, ou seja, a garantia subjetiva do condenado a que a sua pena seja individualizada no nível da sua realidade, de modo que não sofra menos do que merece e nem mais do que seja necessário. Essa é uma garantia constitucional chamada de individualização da pena (art. 5o., XLVI, da CF). E é também um fundamento de política criminal posto como limite do poder sancionador.

Sob a perspectiva valorizadora do resultado da conduta, tem-se como consequência que o ilícito não pode ser identificado somente na infringência à lei, quer dizer, na sua dimensão de ilegalidade, deixando em plano inferior a lesão relevante do bem jurídico, é anterior à regra que estabelece a sanção. E assim é porque a proteção do

bem jurídico tutelado é o valor que legitima a atuação estatal sancionadora. Mas o bem jurídico a proteger não é a dicção da lei, em outras palavras, o enunciado legal não dá conta, por inteiro, da definição do ilícito, pois se há de perquirir o seu resultado. Essa problemática é antiga no domínio penal e surgiu com a invenção da infração, significando ofensa à ordem jurídica, à segurança estatal e ao próprio soberano. Antes dessa invenção as sanções somente eram cabíveis quando havia dano ou prejuízo. Não havendo esses resultados, não havia o que punir.

A tese de a mera infração – sem resultados concretos – constituir uma prática ilícita é exposta e criticada por Michel Foucault, que aponta o surgimento da infração como uma ofensa abstrata e, mesmo assim punível (2013, p. 75).

Este tema foi tratado em livro que escrevi em parceria com Napoleão Maia Filho, no qual se pôde afirmar que:

é preciso ter sempre em mente, na análise da figura infracional cuja prática se imputa à conduta do agente, se dela (da conduta do agente) resultou algum efeito que interesse ao Direito Sancionador – e não qualquer efeito ou decorrência – porquanto somente o que seja relevante em termos de necessidade de sanção punitiva é que importa, os demais resultados, são infracionalmente irrelevantes; em outras palavras, ainda que de uma conduta resultem vários resultados lesivos, somente os que tenham relevância jurídica é que serão objeto de atenção do poder estatal sancionador, relevância essa que não se confunde com critérios de moralidade abstrata, por mais veementes que sejam as suas reivindicações. (2015, p. 132).

Essa discussão encaminha o debate do tema da bagatela ou da insignificância para o grande espaço dos princípios constitucionais em sede sancionadora, dentre os quais avulta em interesse para este estudo o princípio da mínima intervenção sancionadora, segundo o qual, somente os bens jurídicos relevantes devem merecer tutela penal e somente os ataques intoleráveis a esses bens devem ser sancionados. Este é um princípio fundamental do Direito Sancionador, decorrente da sua natureza subsidiária e fragmentaria, que se pretende aplicável à análise dos atos infracionais ímprobos.

Se o ato infracional não produz efeitos lesivos, ainda que sejam formalmente típicos, devem ser sancionados com outras reprimendas, mas não com as reprimendas que são previstas para as infrações graves, ou seja, para as infrações que produzem resultados lesivos de monta. Essa distinção vem se tornando de dia para dia cada vez mais essencial.

Insisto na conceituação de bagatela, porque as resistências à sua aceitação crescem constantemente, assim, também, aumentam as resistências contra a sua aplicação aos autos de improbidade. Francisco de Assis Toledo define o princípio da bagatela, nascido no Direito Penal, de modo preciso, prelecionando que:

segundo o princípio da insignificância, que se revela por inteiro pela sua própria denominação, o Direito Penal, por sua natureza fragmentária, só vai até onde seja necessário para a proteção do bem jurídico. Não deve ocupar-se de bagatelas. Assim, no sistema penal brasileiro, por exemplo, o dano do art. 163 do Código Penal não deve ser qualquer lesão à coisa alheia, mas sim aquela que possa representar prejuízo de alguma significação para o proprietário da coisa; o descaminho do art. 334, parágrafo 1o., d, não será certamente a posse de pequena quantidade de produto estrangeiro, de valor reduzido, mas sim a de mercadoria cuja quantidade ou cujo valor indique lesão tributária, de certa expressão, para o Fisco; o peculato do art. 312 não pode estar dirigido para ninharias como a que vimos em um volumoso processo no qual se acusava antigo servidor público de ter cometido peculato consistente no desvio de algumas poucas amostras de amêndoas; a injúria, a difamação e a calúnia dos arts. 140, 139 e 138, devem igualmente restringir-se a fatos que realmente possam afetar significativamente a dignidade, a reputação, a honra, o que exclui ofensas tartamudeadas e sem conseqüências palpáveis; e assim por diante (1991, p. 133).

Alguns autores, como René Ariel Dotti, costumam separar o princípio da insignificância do conceito de bem jurídico, do requisito da intervenção mínima da lei sancionadora. Dotti propõe que a insignificância pode ser vista no valor do bem jurídico afetado, enquanto a intervenção mínima se situa como limite ao poder de legislar, indicando a necessidade de moderação na edição de regras incriminadoras. Portanto, segundo René Ariel Dotti,

o reconhecimento da insignificância do resultado de uma conduta é tarefa que cabe ao julgador. (2005, p. 68).

Evidencia-se, desse modo, na visão do autor, que o reconhecimento da insignificância, pelo julgador, exige que ele se envolva diretamente na apreciação da relevância e da natureza do bem jurídico, quando essa apreciação impuser uma espécie de impacto ao princípio da legalidade cerrada, em matéria sancionadora. Para o referido autor, o juiz não poderia valer-se do princípio da insignificância, se o legislador sancionador dele não se valeu.

A meu ver, essa posição enrijece demasiadamente o poder de o juiz realizar a justiça do caso concreto, inclusive quando se deparar com um caso difícil, em que terá de recorrer a preceitos não positivados, ou positivados de modo a impedir a justiça. Este é o ponto central da teoria da bagatela. Se o legislador não a previu, isso quer dizer que

o juiz está impedido de aplicá-la, mesmo quando salta aos olhos a insignificância do resultado lesivo que a conduta do agente produziu? Se a resposta for positiva, isto é, se o juiz, nesse caso, terá de aplicar a lei cegamente, então o tema da bagatela estará excluído de reflexão.

1.5. Impasse entre a lei e a sensatez

Já se vê que é possível – e até facilmente ocorrente, em casos assim – o surgimento de um impasse intelectual ou cognitivo que pode dividir a postura do julgador: (i) deverá atender ao comando da regra legal incriminadora (primeira postura) ou (ii) deverá seguir a recomendação da ética da irrelevância do resultado da conduta infratora apreciada (segunda postura), afastando-se da legalidade subjacente na sua mente como um valor que não pode ser minimizado?

A adoção de uma ou de outra dessas posturas, porém, não parece ser uma escolha ou uma opção guiada pela vontade ou pelo determinismo do julgador, mas antes uma imposição irrefreável (e talvez inconsciente) de suas vivências pessoais e dos elementos ideológicos ameadados ao correr dos muitos anos de sua formação acadêmica. O fundamento desta afirmação se acha na verificação objetiva de que as decisões dos julgadores são todas elas matriciadas nas suas experiências pretéritas, na sua educação familiar, na formação escolar de todos os níveis e também nos envolvimento que geram as suas posturas diante dos desafios da vida, inclusive os profissionais. Norberto Bobbio observa esse fenômeno vendo nele a raiz dos comportamentos preconceituosos ou discriminatórios (2011, p. 103).

Como asseverou Napoleão Maia Filho, de cujo pensamento me acerco, mais uma vez, a propósito da efetivação dos direitos humanos e dos direitos fundamentais:

no plano jurídico, os movimentos em favor das garantias das pessoas, sejam garantias individuais, sociais ou coletivas, sofrem oposições sistemáticas e fortes, estruturadas a partir de concepções positivistas, segundo as quais somente os direitos que se acham expressos nas leis escritas é que podem ser invocados perante as instâncias julgadoras. Esse viés corta as possibilidades de evolução do Direito por meio da atividade judicial e a reduz (a atividade judicial) à dimensão apenas burocrática de aplicação dos comandos das leis escritas, o que significa dizer que as soluções judiciais são geradas fora das instâncias da justiça e não trazem a marca do pensamento dos julgadores e nem as expressões que a sua percepção lhes forneceu. (2017, p. 142).

Pode-se concluir que, nos limites de uma ordem jurídica sancionadora democrática, não se mostra razoável que a conceituação de infrações despreze ou ignore os efeitos materiais ou concretos da conduta infratora, porque instalaria a concepção

excessiva ou alastrada de ilícitos puníveis, acarretando a implantação de temores e medos difusos.

Há, no entanto, uma dificuldade jurídica assídua, situada no procedimento de identificação do ilícito insignificante. Essa identificação dependeria da emissão de ato normativo prévio? Tal orientação, sem dúvida, prestigia o ideal positivista, mas a exigência de lei transfere a efetivação da justiça do caso concreto para uma providência legislativa e, mais uma vez, se faz do juiz um refém do legislador, obstando que ele, o juiz, promova a efetivação dos direitos subjetivos calcados em princípios. Não há julgador que não reconheça a insignificância de furtos de objetos de valor inexpressivo, embora nem todos se atrevam a negar trâmite à ação sancionadora que contra os seus agentes se mover.

Os exemplos de situações de mínima ofensividade, ocorrem, muito frequentemente, no terreno das infrações a regras previdenciárias ou fiscais. A intolerância a compreensões que fogem ao padrão administrativo aceito parece que tendem a abolir a metodologia da bagatela. Assim, se um agente previdenciário ou fiscal aceita determinada prova como suficiente para a revelação de um fato, essa sua conduta pode ser classificada como infratora, quando tem suporte em um raciocínio conclusivo que pode ser logicamente demonstrado. Esse é o caminho que conduz às chamadas infrações hermenêuticas, ocorrentes quando alguém diverge de um entendimento que se tem por aceito e inviolável, como se fosse um dogma.

O mesmo ocorre, não raras vezes, com alguns ilícitos administrativos cometidos por agentes da Administração Pública, contra os quais as sanções são as mais pesadas possíveis, incluído a demissão, a cassação de mandatos eletivos e a suspensão de direitos políticos por prazo dilargado, além da imposição de multas pecuniárias vultosas e restrições ao exercício de outros direitos subjetivos.

No plano das explicações racionais ou de suas possibilidades, pode-se afirmar que os principais choques do pensamento sancionador aferrado aos comandos das leis e, portanto, aos ditados das suas regras, decorrem da afluência da era dos princípios, como fatores regentes da atividade jurídica e da função de julgar, como, também, da afirmação dos direitos fundamentais e dos direitos humanos, cuja efetivação tendem a se libertar das prescrições das regras positivadas.

A chegada da era dos princípios, para usar uma expressão muito cara a Norberto Bobbio, abalou as pilastras do legalismo tradicional, para incluir no seu âmago a ideia de que há normatividade além das leis escritas. Essa inclusão da normatividade extra legal provocou um alargamento extraordinário no conceito de Direito e representa um desafio diário aos julgadores, quando constatam, na condução dos processos, que a regra posta mais tumultua do que apazigua e, portanto, lhe cabe – ao juiz – criar uma solução que seja jurídica, justa e se mostre adequada ao perfil do caso concreto.

A experiência, tantas vezes referida, mas nunca esgotada, dos regimes políticos autoritários – do tipo nazista, por exemplo – revelou que o quadro de regras escritas era manifestamente falho para atender aos reclamos da justiça. Aliás, esse quadro falho serviu para promover a injustiça, tornando-se um autêntico divisor de águas do pensamento jurídico ocidental. No nível do Direito Sancionador, a evolução jurídica conduziu as ideias dos juristas ao estudo sistemático da ofensividade ou da lesividade das condutas infratoras, como elementos componentes da própria noção de ilícito. Isso quer dizer, mais uma vez, que coisinhas sem importância não devem ocupar as instâncias sancionadoras estatais. Ou seja, o juiz não deve se ocupar de bagatelas. A seguir, detalho este limite ao poder estatal de sancionar e discuto os conceitos jurídicos de ofensividade ou elesividade.

Ofensividade ou lesividade como elementar do ilícito ímprobo

Neste tópico, pretendo investigar se uma conduta meramente infratora da regra escrita em abstrato, mas despojada de ofensa ou lesividade ao bem jurídico tutelado pela regra sancionadora, deve – ou não – ser categorizada como típica e justificadora de pôr em movimento a máquina estatal repressora.

O que deve ser, desde logo, fixado é que sem ofensa ou sem lesão ao bem jurídico, não se legitima a imputação da prática de ato ilícito, como se expôs no tópico antecedente. Salvam-se dessa regra sancionadora os casos em que a sanção caberá, expressamente, quando a conduta do agente realiza um tipo ímprobo na condição formal. É o caso, por exemplo, de o Servidor Público solicitar propina, ainda que não a receba. Em situação assim, questiona-se a presença concreta de uma conduta apenas formal e não importará perquirir se a frustração do pedido de propina decorreu de recusa do solicitado ou se de posterior desistência do próprio solicitante, embora em ambas as hipóteses isso deva ser levado em conta, na avaliação da sanção. Este é um episódio de difícil avaliação, porque se trata de tutelar um bem jurídico imaterial – a moralidade

administrativa – cuja configuração pode descambar para impressões extremamente subjetivas, capazes de gerar tremendas inseguranças na aplicação da repressão. E isso não decorre somente da dificuldade probatória.

Outra situação em que se mostra difícil à avaliação da lesão ao bem jurídico tutelado pela regra sancionadora é aquela em que a sanção se dá a título de perigo, como ocorre, por exemplo, nas hipóteses de infração aos incisos do art. 11 da Lei 8.429/92. Deve ser pontuado que não será qualquer perigo que tem a aptidão de pôr em movimento o poder estatal sancionador, senão somente aquele perigo que ostente intensa probabilidade de se concretizar e, se concretizando, produzir dano de monta.

Essa diretriz acarreta a exclusão da sancionabilidade estatal aos perigos que dificilmente se concretizarão e, mesmo que concretizados, gerarão um dano ou uma lesão que não se qualifica como relevante. Um exemplo disso seria a aquisição de bens ou serviços pela Administração Pública, sem prévio processo licitatório, uma vez que, nessa hipótese, não se pode assegurar, por antecipação, que a licitação permitiria uma contratação mais vantajosa ou que tal contratação, precedida da licitação, ensejaria ganhos significativos pela Administração. Nesse caso, a sanção que se aplicar será fundada apenas na não realização da licitação, ou seja, será, exclusivamente, por causa da infração formal à lei, com despreço da sua repercussão concreta, que não foi apurada.

Diante dessas incertezas, muitos julgadores preferem afirmar que a simples omissão do procedimento licitatório é, em si mesma e por si mesma, um dano e, portanto, o agente cometeu uma infração e deve ser punido. Em oposição a tal pensamento, alega-se que, se não se pode, com convicção jurídica segura, afirmar e estimar a magnitude do dano ou da lesão, então será preferível que o Servidor Público que omitiu a realização da licitação não sofra sanções ou reprovações qualificadas como próprias da improbidade administrativa, mas apenas as compatíveis com a natureza da sua conduta, que não se pode ter como danosa, lesiva ou ímproba, precisamente por falta de demonstração.

Em outras palavras, a sancionabilidade, em caso assim, será dependente de outros elementos infracionais, que não a simples irrealização da licitação. Esses elementos poderão ser perquiridos, por exemplo, na quantidade e qualidade dos bens e serviços efetivamente prestados, na eventual circunstância de os valores envolvidos na avença serem exorbitantes dos preços correntes no mercado, de a empresa ou o

fornecedor contratado ter relação de parentesco ou de sociedade com o agente público realizador do contrato, ou outras indicações de manipulação do negócio.

Também não se deverá admitir, por suposição ou a priori, como ocorrente o dano ou a lesão, se tal prova não foi feita, é de produção árdua ou impossível. A aspereza da produção da prova do dano ou da lesão deve ser interpretada em favor do imputado, e não em seu desfavor.

De qualquer modo, o requisito da ofensividade ou lesividade deve estar presente, sem dúvida alguma, no fato tido por infrator. Pode ser extraído desse raciocínio que, para ser punível, o fato tem que apresentar ofensa concreta ao bem jurídico relevante e protegido pela regra sancionadora, não havendo ilícito a punir, se não se demonstra a presença de lesão ou de perigo concreto àquele bem protegido, devendo ser afastada a ideia de perigo pressuposto, perigo implícito ou perigo em abstrato, conforme afirma Manoel da Costa Andrade (2005).

Nesse sentido cita-se decisão do Supremo Tribunal Federal:

DIREITO PENAL. HABEAS CORPUS. CRIME DE FURTO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INCIDÊNCIA NO CASO. ORDEM CONCEDIDA.

1. A questão de direito tratada neste writ, consoante a tese exposta pela impetrante na petição inicial, é a suposta atipicidade da conduta realizada pelo paciente com base no princípio da insignificância.

2. Considero, na linha do pensamento jurisprudencial mais atualizado que, não ocorrendo ofensa ao bem jurídico tutelado pela norma penal, por ser mínima (ou nenhuma) a lesão, há de ser reconhecida a excludente de atipicidade representada pela aplicação do princípio da insignificância. O comportamento passa a ser considerado irrelevante sob a perspectiva do Direito Penal diante da ausência de ofensa ao bem jurídico protegido.

3. Como já analisou o Min. Celso de Mello, o princípio da insignificância tem como vetores a mínima ofensividade da conduta do agente, a nenhuma periculosidade social da ação, o reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e a inexpressividade da lesão jurídica provocada (HC 84.412/SP).

4. No presente caso, considero que tais vetores se fazem simultaneamente presentes. Consoante o critério da tipicidade material (e não apenas formal), excluem-se os fatos e comportamentos reconhecidos como de bagatela, nos quais têm perfeita aplicação o princípio da insignificância. O critério da tipicidade material deverá levar em consideração a importância do bem jurídico possivelmente atingido no caso concreto.

5. Habeas corpus concedido (HC 96.6887/RS – Rel. Min. Ellen Gracie Segunda Turma, DJ 28/05/2009).

No mesmo sentido, afirmando que a ausência de ofensividade elide o tipo infracional, estes precedentes do Superior Tribunal de Justiça:

RECURSO EM HABEAS CORPUS. FURTO SIMPLES. SUBTRAÇÃO DE R\$ 50,00 (CINQUENTA REAIS), DOS QUAIS R\$ 30,00 (TRINTA REAIS) FORAM RESTITUÍDOS À VÍTIMA. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. APLICABILIDADE. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA PARA A AÇÃO PENAL. IRRELEVÂNCIA DA CONDUTA CRIMINOSA. CONDIÇÕES PESSOAIS DESFAVORÁVEIS. IRRELEVÂNCIA. COAÇÃO ILEGAL EVIDENCIADA. RECURSO PROVIDO.

1. Segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, o princípio da insignificância tem como vetores a mínima ofensividade da conduta do agente, a nenhuma periculosidade social da ação, o reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e a inexpressividade da lesão jurídica provocada.

2. (...).

4. Recurso provido para, aplicando-se o princípio da insignificância, trancar a ação penal por atipicidade da conduta. (RHC 26.661/MG, Rel. Min. Jorge Mussi, Quinta Turma, DJe 30/11/2009).

HABEAS CORPUS. FURTO QUALIFICADO PELO CONCURSO DE AGENTES. TEORIA CONSTITUCIONALISTA DO DELITO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. AUSÊNCIA DE TIPICIDADE MATERIAL. INEXPRESSIVA LESÃO AO BEM JURÍDICO TUTELADO. ORDEM CONCEDIDA.

1. O princípio da insignificância surge como instrumento de interpretação restritiva do tipo penal que, de acordo com a dogmática moderna, não deve ser considerado apenas em seu aspecto formal, de subsunção do fato à norma, mas, primordialmente, em seu conteúdo material, de cunho valorativo, no sentido da sua efetiva lesividade ao bem jurídico tutelado pela norma penal, consagrando os postulados da fragmentariedade e da intervenção mínima.

2. Indiscutível a sua relevância, na medida em que exclui da incidência da norma penal aquelas condutas cujo desvalor da ação e/ou do resultado (dependendo do tipo de injusto a ser considerado) impliquem uma ínfima afetação ao bem jurídico.

3. (...).

4. Ordem concedida para determinar a extinção da ação penal instaurada contra o paciente, invalidando, por consequência, a condenação penal contra ele imposta (HC 124.185/MG, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, julgado em 20/10/2009, DJe 16/11/2009).

Também, no Supremo Tribunal Federal, se adota o entendimento de que a ausência de ofensividade torna atípica a conduta prevista no art. 16 da Lei 10.826/2003, justamente por inexistir potencialidade lesiva na apreensão de munição de arma de fogo, se o agente não dispõe da arma correspondente:

HABEAS CORPUS. PENAL. ART. 16 DO ESTATUTO DO DESARMAMENTO (LEI 10.826/03). PORTE ILEGAL DE MUNIÇÃO DE USO RESTRITO. AUSÊNCIA DE OFENSIVIDADE DA CONDUTA AO BEM JURÍDICO TUTELADO. ATIPICIDADE DOS FATOS. ORDEM CONCEDIDA.

I - Paciente que guardava no interior de sua residência 7 (sete) cartuchos munição de uso restrito, como recordação do período em que foi sargento do Exército.

II - Conduta formalmente típica, nos termos do art. 16 da Lei 10.826/03.

III - Inexistência de potencialidade lesiva da munição apreendida, desacompanhada de arma de fogo. Atipicidade material dos fatos.

IV - Ordem concedida (HC 96.532, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Primeira Turma, julgado em 06/10/2009, DJe-223. Ementário, vol. 23, p. 439).

Na seara administrativa da apuração de crimes financeiros, essa orientação também é observada, tanto que o Conselho de Recursos do Sistema Financeiro Nacional, na sua sessão de 26.07.2001, decidiu ser aplicável o princípio da bagatela ou da baixa ofensividade nos casos em que a infração é de pequeno valor ou de irrelevância manifesta (RO 3.470, Acórdão CRSFN 3.310/2001). Este reconhecimento administrativo é de importância notória e assinala uma diretriz prestigiadora da teoria da insignificância, que neste trabalho tem sido identificada com o princípio da bagatela. Mas esta questão, por nuclear da punitividade administrativa, em matéria de improbidade, será tratada no capítulo seguinte com maior verticalidade.

2. O PRINCÍPIO DA BAGATELA E O BEM JURÍDICO TUTELADO

Considerar-se que a infração sancionável se consuma com a simples infringência à norma legal, sem maiores preocupações com as lesões ou ofensas que terá desencadeado, é o mesmo que atribuir ao Direito Sancionador a mera missão de exemplar, pela imposição do castigo ao infrator, e aos demais membros da sociedade. Por esse raciocínio, toma-se o agente infrator, apanhado no cometimento do ilícito, como bode expiatório de todos os demais infratores. Esses outros infratores, graças às mais diversas circunstâncias incontroláveis, não foram flagrados ou, por outros meios, conseguiram escapar da fúria sancionatória do poder estatal. Parece que o infrator apanhado concentra em sua pessoa a frustração dos agentes repressores pela impunidade dos outros, dos que lograram se safar da sanção. Essa estratégia tem, sobretudo, a clara função de intimidar ou de compensar psicologicamente a sociedade pela falha na persecução daqueles que escaparam.

As coisas do Direito devem ser tratadas não pela sua denominação, mas pelos seus conteúdos, isto é, pelas suas essências. Inicia-se no seu caminho o rumo das ideias superadas àqueles pensamentos jurídicos que se impressionavam com os formalismos e

deixavam de lado o substancialismo das questões jurídicas e dos problemas processuais que elas desencadeavam. Os padrões dogmatizados de julgamentos judiciais também seguiam a tendência, outrora predominante, de repetir as lições dos juristas do passado e as orientações jurisprudenciais que as consolidavam.

Mas o Poder Judiciário já se apercebeu que aquele método anterior dava, frequentemente, respostas erradas ou inconvenientes aos desafios da jurisdição. Este foi o primeiro alerta que motivou a reflexão jurídica mais consequente e o pensamento judicial mais empenhado em garantir os direitos subjetivos individuais do que mesmo impor sanções a torto e a direito, com sacrifício daquele acervo de garantias. No tópico que se segue, analiso esses problemas e tento compreender a metodologia de sua solução.

1. A questão da bagatela como problema de essência

O estudo da bagatela, visando à sua aplicação no âmbito da Ação de Improbidade Administrativa, regida pela Lei 8.429/92, não é algo que se possa dizer que esteja plenamente desenvolvido, até porque o interesse doutrinário a seu respeito é escasso e recente, pelo menos no domínio acadêmico. Mencionam-se, mais uma vez, pela sua especificidade, os trabalhos de Emerson Gabardo (Revista Fórum Administrativo. Belo Horizonte: ano 12, no. 134, abr/2012), Marco Antônio Praxedes de Moraes Filho e Pedro Miron de Vasconcelos Dias Neto (Revista TC do Estado do Ceará), Otavio Henrique Simão e Cucinelli (Da Aplicação do Princípio da Insignificância aos Atos de Improbidade Administrativa, Dissertação de Mestrado, São Paulo, USP, Faculdade de Direito, 2015).

Por tal razão, entende-se que se possa seguir, para a sua devida apreensão jurídica, a discussão que se travou sobre a teoria da insignificância (ou da bagatela) na seara investigativa própria do Direito Penal, onde sabidamente se iniciou a sua doutrina.

Assim, admite-se, como primeira premissa, a importação do desvalor objetivo da infração, do campo penal, para o campo dos atos de improbidade administrativa, sob a constatação de que se trata, em ambos os casos, de matéria jussancionadora essencialmente idêntica, a comportar, por conseguinte, tratamento jurídico e processual também idêntico. Entre nós, o princípio da insignificância, em matéria penal, já tem inegável acolhimento e se pode citar, em confirmação disso, dois paradigmáticos julgamentos do STF (HC 94.439/RS, Rel. Min. Menezes Direito, DJe 03.03.2009 e HC 98.152/MG, Rel. Min. Celso de Mello, DJe 19.05.09), além de específica doutrina de

"<http://www.jusbrasil.com.br/legislacao/1033702/c%25C3%25B3digo-penal-decreto-lei-2848-40>" digo Penal Comentado. São Paulo: Editora Saraiva, 2012, p. 18).

Na obra de Winfried Hassemer há reflexões sobre a insignificância em matéria penal, as quais servem de instigação e de motivação para se ampliar a hipótese de aplicação da bagatela, no domínio mais amplo do Direito Sancionador e, muito particularmente, no espaço jusadministrativo punitivo. A obra de Hassemer é considerada modelar porque expressa o pensamento mais atualizado da jurisprudência alemã, que, como se sabe, representa uma espécie de parâmetro para os estudos penalistas, cujas conclusões podem ser transportadas para outras searas sancionadoras.

Segundo analisa Hassemer, pondo o foco de sua reflexão na política criminal contemporânea e democrática, a relevância da lesão aos bens jurídicos protegidos condiciona a própria noção do tipo nela descrito, porquanto, como leciona:

as informações positivas no plano da tipicidade caracterizam o setor da conduta humana para o qual o Direito Penal é competente. Elas caracterizam os interesses humanos e os bens jurídicos que tem a proteção do Direito Penal: a vida, a liberdade, a saúde, a prosperidade, a autodeterminação sexual, um quadro de funcionários incorruptíveis ou um ambiente limpo. E eles caracterizam o tipo de lesão que o Direito Penal persegue, como, por exemplo, lesões ao patrimônio pela subtração, dano, destruição ou apropriação da coisa, mas não pela demora na devolução de uma coisa emprestada (2005, p. 283).

Assim, a primeira tarefa que se impõe ao estudioso desse assunto é a de mostrar que, do ponto de vista jurídico e judicial, a adoção da sistemática penal da insignificância ou da bagatela no domínio das sanções de atos de improbidade administrativa (Lei 8.429/92) somente poderá trazer vantagens e benefícios, porque, no campo penal, esse tema já não se reveste mais de novidade e há excelentes obras didáticas e doutrinárias versando-o com profundidade. Mas isso não impede, no entanto, que muitos juristas resistam ao reconhecimento de sua importância, inclusive no campo penal, e muito mais ainda no campo da ação reguladora das definições e das sanções dos atos de improbidade.

Na verdade, os teóricos dos demais ramos do Direito Sancionador, inclusive do ramo jus-administrativo punitivo – pelo menos aparentemente – não têm empenhado maiores esforços para trazer para o ambiente processual da Ação de Improbidade Administrativa as premissas funcionais, as limitações operacionais e as conquistas da doutrina penalista contemporânea sobre a questão da insignificância das infrações ou da bagatela infracional. Para confirmar essa conclusão basta consultar as obras dos autores

mais citados, como, apenas para exemplo, Aristides Junqueira Alvarenga, José Armando da Costa, Marcelo de Figueiredo, dentre outros. Estes autores dedicam pouca atenção à questão da bagatela nas sanções administrativas. Uma provável é a obra de Mauro Roberto Gomes Mattos.

Esta é outra razão ou instigação para o incremento de novos estudos do tema. Como dito, grande parte dos autores que escrevem sobre o tema da improbidade administrativa têm formação ministerial pública, por isso a raridade das obras jurídicas que versem sob a perspectiva garantista. No entanto, não se faz nenhuma crítica sobre a orientação ideológica desses autores, mas apenas se registra essa circunstância, para justificar as suas preferências.

Na verdade, os tratadistas do Direito Penal moderno já esmerilharam o conceito de bagatela, chamando a atenção dos juristas e julgadores para a compreensão de sua realidade dentro dos limites das coisas razoáveis, como ocorre, por exemplo, na chamada bagatela própria, que se caracteriza quando o bem jurídico protegido é, digamos, manifestamente insignificante, ou seja, o seu desvalor salta aos olhos de qualquer ser minimamente sensato, por exemplo, o furto de um lápis de um grande mercado, não parecerá a ninguém algo relevante.

Pode-se apontar como exemplo frisante – ou até exagerado de tal fato – o furto de uma balinha doce de hortelã de um grande supermercado. Neste caso, dá-se, tão só e apenas, a chamada tipicidade formal da conduta infracional, mas sem a produção de efeitos naturalísticos ou empíricos notáveis que, nesta hipótese, aliás, podem ser tidos como completamente neutros ou mesmo descartáveis. Por verdade, um caso assim pode ser tido, sem dúvida, como um fato atípico ou infracionalmente irrelevante, não se devendo instaurar, em relação a ele, procedimento sancionador. Essa orientação, porém, não é seguida pela unanimidade dos juristas, pois muitos deles entendem que todas as infrações devem ser punidas, não sendo a grandeza ou a natureza de sua repercussão o critério de avaliação de sua gravidade. Nesse pensamento, a gravidade de qualquer conduta infratora se mede pela simples infração, o que denota a tendência para estimá-la na própria desobediência à regra punitiva.

No campo penal, salvo as resistências clássicas, a bagatela não se apresenta mais como um tema inédito, tanto que os autores o consagram (Hassemer, Capez, etc.), como também a jurisprudência do STF a acolhe (Menezes Direito e Celso de Melo, dentre outros). Por qual razão, a não ser a referida resistência clássica, se haveria de recusar a aplicação do princípio da bagatela no campo administrativo sancionador?

A resposta terá de ser evasiva, porque, do ponto de vista científico, tantos os crimes, como os atos de improbidade, cabem na categoria infracional de ilícitos puníveis e, portanto, no domínio da política sancionadora.

É importante entender que, em matéria sancionadora, qualquer que seja a província jurídica em que ocorra o fenômeno, não se deve ceder à sedutora sugestão de considerar os infratores inimigos e tratá-los a partir dessa rotulação. Mas ninguém poderá negar que essa consideração tende a angariar novos adeptos, na medida em que se espalha na sociedade a sensação de insegurança, impunidade e crescimento da criminalidade. O medo não é bom conselheiro em matéria de punições e a sua pressão pode conduzir à exacerbação das sanções, nivelando-se à gravidade das condutas e atribuindo a todos os infratores das regras punitivas uma reprovação padronizada, com desprezo à exigência da individualização das penas.

Isso tem levado muitos juristas a afirmar que o Direito Sancionador deve abandonar imediatamente as posições jurídicas de respeito aos direitos subjetivos dos infratores, porque eles seriam uma fonte constante de perigo e contra eles se mostra legítima a redução ou a supressão das garantias normalmente asseguradas a todas as pessoas. O punitivismo tem a seu favor o forte apelo emocional que amplia verticalmente a sua aceitação por amplos setores sociais. Veja-se, por oportuno, o que se extrai da doutrina de Silvio Roberto Oliveira de Amorim Junior:

Com seus negócios particulares. As reprováveis condutas do empreguismo e do nepotismo, da fraude em licitações e do superfaturamento de bens e serviços, acobertados pelo descaso e pela omissão, tudo a importar severos prejuízos ao erário, manifestam desprezo às funções exercidas pelos gestores públicos e, principalmente, representam desdém da sociedade a qual deviam servir e no seio da qual convivem.

Avaliar o potencial lesivo causado ao meio social, pelo ato ímprobo, é de capital importância para que o julgador aplique, com maior precisão e racionalidade, as sanções e sua respectiva quantidade.¹⁰⁵ Ademais, trata-se de imperativo decorrente do fato de que o juiz não pode decidir de forma isolada ou apartada do ambiente social onde habita. A neutralidade judicial não existe e homem algum escapa da influência do ambiente no qual respira. (2018, p. 138).

A base dessa orientação encontra-se na obra de Günther Jakobs, para quem há uma distinção possível entre o cidadão que delinque ocasionalmente e o inimigo declarado da sociedade, que se coloca contra a vigência do seu contrato social (ordenamento jurídico) e o desacata grave e constantemente, excluindo-se, desse modo, dos benefícios, das garantias e dos direitos subjetivos que são contratualmente

(juridicamente) reconhecidos apenas aos cidadãos que penas ocasionalmente cometem algum ilícito.

Cabe sublinhar que a exclusão do inimigo da proteção do sistema jurídico, justamente por ter-se voltado contra ele, apóia-se, segundo Günther Jakobs na seguinte assertiva:

o Direito Penal do inimigo é direito em outro sentido. Certamente, o Estado tem o direito a procurar segurança frente a indivíduos que reincidem persistentemente na comissão de delitos. Afinal de contas, a custódia de segurança é uma instituição jurídica. Ainda mais: os cidadãos têm direito de exigir do Estado que tome medidas adequadas, isto é, têm direito à segurança (2012, p. 28).

Em sentido oposto, trago a colação estudo crítico de Napoleão Maia Filho a respeito desta temática, com as seguintes ponderações:

E quem são os inimigos preferenciais da sociedade? Uma resposta preliminar poderia identificá-los, em princípio, nos que cometem ou participam de crimes hediondos, por exemplo, os que cometem ou participam de ações categorizadas como crime organizado, terrorismo, crimes sexuais, crimes contra a Administração Pública ou imigração ilegal; de outra margem, são também vistos como inimigos os que reincidem na prática de crimes, os que os cometem com habitualidade, os chamados profissionais do crime, e os integrantes de organizações criminosas. Segundo a teoria punitivista, contra estes criminosos a violência estatal simplesmente repressora não estaria apenas autorizada, mas estaria mesmo previamente justificada, a título de manter-se a integridade do ordenamento jurídico ou a sua autodefesa, o que leva à adoção de certas medidas singulares, todas entroncadas no Direito Sancionador do inimigo e integradas no amplo conceito de violência institucional de defesa social contra as violências que assombam a sociedade.

(...).

“essas medidas são de ordem substantiva sancionadora e processual, tais como (i) a tipificação expansiva de ilícitos de mera conduta, independentes da produção de efeitos lesivos concretos ou empiricamente verificáveis; (ii) a elevação das sanções de atos considerados apenas preparatórios de ações ilícitas; (iii) o abandono da proporcionalidade entre a ação do agente e a sanção a ser-lhe aplicada; (iv) a adoção de nomenclatura agressiva em certos diplomas legais; (v) a redução de garantias e prerrogativas processuais dos acusados, como a inversão do ônus da prova, a presunção de culpa ou a postergação do exercício da defesa; (vi) a abolição de limitação temporal de prisões cautelares ou preventivas; (vii) a prisão policial para investigação ou averiguações, sem controle judicial; (viii) a mitigação da exigência da justa causa, para a denúncia criminal e a admissão de delações anônimas; (ix) a adoção de métodos puramente inquisitoriais de investigação e o acolhimento de provas de origem ilícita, como escutas clandestinas, buscas e apreensões no silêncio da noite e infiltração de agentes; (x) a complementação judicial das falhas da imputação; (xi) o rigorismo das condições carcerárias e mesmo a sua desumanização; (xii) a limitação e o controle eletrônico do livramento condicional e da liberdade provisória, etc., dentre muitas outras. (2015, p. 154/155).

Essa onda de recrudescimento do punitivismo alberga, quase sempre, a ideia de exclusão da bagatela ou da insignificância dos efeitos naturalísticos ou empíricos dos

atos praticados pelos infratores, parecendo que esse recrudescimento, no entanto, afaga um dos mais primitivos e simbólicos instintos humanos, o sentimento de vingança.

Para se vingar dos infratores da lei, os agentes da repressão se sentem previamente legitimados, como se as suas medidas punitivas estivessem sempre a salvo de críticas ou de restrições e, sobretudo, de ressalvas de ordem moral. Esse recrudescimento pode chegar a propor ou aceitar que a simples infração à confiança, por exemplo, pode justificar a pena mais severa, como a demissão, independentemente dos efeitos que decorram do ato praticado. Tudo isso decorre da aceitação, tácita ou expressa, que a infração à regra de proibição é o quanto basta para justificar as sanções.

No entanto, convém rememorar que a constatação da infração ao comando da regra legal proibitiva, pelo ato infracional do agente, é apenas o ponto de partida da averiguação da ocorrência do ilícito, compondo o que se tem chamado tipicidade formal, que é o primeiro indício da presença de um ato carecedor de repressão. Contudo, a partir dessa verificação, inicia-se a apuração da carga lesiva e/ou ofensiva das condutas sancionáveis, compondo, por assim dizer, o procedimento de constatação objetiva ou de comprovação concreta da densificação dos indícios de antijuridicidade que a desobediência à dicção da norma indiciariamente aponta.

E essa apuração, por óbvio, deve ser desenvolvida, no domínio do Direito Sancionador em geral e do jusadministrativismo punitivo, em particular, tendo em vista a justa adequação da sanção pretendida (ou projetada) à gravidade objetiva, concreta ou efetiva do comportamento havido indiciariamente como infrator, consoante o claro indício decorrente da desobediência à norma proibitiva.

Deve-se pôr logo em destaque que a tipicidade formal, embora seja necessária, não dá conta da complexidade da figura delitiva ou infracional, se não produzir, no plano empírico, efeitos constatáveis e indubitavelmente relevantes. Sem essa produção de efeitos empíricos, não se pode falar na ocorrência de ilícito, porque a tipicidade formal não tem, por si só, a força de revelar a existência do ato infrator antijurídico e punível.

A desobediência à regra legal proibitiva é, dessa forma, apenas o primeiro sinal da existência do ato ilícito, mas não é a sua comprovação: a tipificação normativa (também chamada de legal ou formal) nem sempre leva à tipificação material (concreta, naturalística ou empírica), mas sem esta, sem a tipificação material ou concreta, o que se tem é apenas uma infração normativa ou uma mera ilegalidade, punível, sem dúvida, mas não com as sanções reservadas aos atos infracionais que geram efeitos

naturalísticos, empíricos ou concretos. Esse é o raciocínio que se deve desenvolver, relativamente à identificação dos atos de improbidade administrativa, ou seja, o seu desvalor deve ser medido pelos seus resultados ou efeitos.

Assinale-se que essa orientação metodológica aponta que, sem a perfeita demonstração objetiva ou naturalística da lesão ou da ofensa, decorrente diretamente da desobediência à norma positivada, não deve ser aplicada a sanção nela alvitrada, por ausência de concreção de ofensa ou lesão de monta ao bem juridicamente protegido.

A ofensa ou a lesão ocorrem, na realidade, no mundo empírico ou no mundo da experiência histórica, efetivando aqueles efeitos indicados – mas tão só e apenas indicados – pela prévia desobediência à regra legal sancionadora, ou seja, indicados na tipificação normativa.

É por isso que se pode dizer novamente (ou repetir) que a desobediência à norma sancionadora representa apenas um indicativo – ou um mero indício – da ocorrência de ato ou de conduta sancionável, que poderá ser confirmado – ou não – com a ulterior demonstração da geração de resultado produzido ou efetivado, conectado diretamente àquela ofensa ou àquele dano sugerido pela aludida desobediência ou pela infração à regra, ou seja, ainda, pela tipificação normativa.

O ilícito – qualquer que seja a infração – é uma conduta que sempre concretiza ofensa ou lesão (dano) a um bem juridicamente protegido – e não uma abstração, uma construção mental ou um simples conceito, uma recomendação ou uma advertência ou um conselho que o legislador elabora, como se fosse uma orientação moralista. Observar os efeitos ou os resultados da conduta do agente é o ponto sensível da mensuração da infração e o critério insubstituível da dosimetria da reprimenda. Se a observação dos resultados e dos efeitos da conduta do agente for minimizada ou excluída, poderá ocorrer que todas as infrações legais venham a merecer a mesma reprimenda ou todos os agentes venham a ser punidos com as mesmas sanções.

Reitere-se, portanto, que a só infringência à dicção da lei incriminadora não acarreta, por si só e de forma automática ou inevitável, o reconhecimento da existência completa da figura típica, porquanto esta, como dito, somente se faz efetiva ou concreta, quando (e se) aqueles ditos resultados (ofensa ou lesão) se acham perfeita e efetivamente produzidos.

Mas esses resultados (ofensivos ou lesivos), como é evidente, não devem ser confundidos com a noção trivial de quaisquer resultados produzidos pela ação ou pelo comportamento ilícito do agente, cumprindo frisar que somente interessam ao Direito

Sancionador os resultados relevantes, ou seja, aqueles resultados que ofendem ou lesam gravemente o bem jurídico protegido pela norma incriminadora. A tendência evolutiva do Direito é a de se preocupar com condutas relevantes e isso se evidencia diante do surgimento da justiça restaurativa na seara penal, em face da possibilidade de transação e suspensão condicional do processo e da pena.

Na seara cível, vê-se a existência da obrigatoriedade da audiência preliminar, com a tentativa conciliatória, expressamente positivada no novo Código de Processo Civil (art. 334). Esta inovação representa a necessidade do direito contemporâneo e talvez do futuro de tentar a conciliação entre as partes, antes de iniciar um longo e demorado processo judicial.

Se assim não se fizer, é de Juarez Tavares essa oportuna advertência, referindo-se ao Direito:

corre-se o risco de consolidar no sistema jurídico repressivo aquela ideia de que as sanções punitivas podem ser caracterizadas como se fossem apenas de base privatística ou contratualista. (2000, p. 113).

É preciso deixar-se sempre bem assinalado que a tendência de confundir a infração à norma sancionadora com a própria realização do tipo ilícito conduz a um impasse metodológico sem solução visível, porquanto se chegará, com certeza, a situações de tensões insuportáveis, vendo-se em todas as infrações legais figuras assombrosas, fantasmas terríficos, e, dessa forma, se implantando um reino de terror e medo, de intolerâncias de base essencialmente moralista, fundamentalista ou religiosa, isto é, será adotada a culpabilidade como regra geral e imposto ao acusado o ônus de provar-se inocente.

Refletindo criticamente a respeito da função sancionadora penal, o jurista italiano Francesco Carnelutti (1879-1965) assinala o grande perigo de colocar-se nas mãos do legislador a chave geral do sistema repressivo, isto é, adotar-se como critério identificador das condutas hostis o mero tipo descrito na norma incriminadora, com um certo desprezo pela análise do fato (e das suas consequências).

Mas o tipo normativo do ilícito, como diz esse mestre de muitas gerações de juristas “*é uma abstração, não uma realidade.*” (2005, p. 59); por isso o juiz deve inverter essa ordem de prioridade, fazendo destacar a função do fato, e minimizando, em consequência, a função da norma, para a precisa delimitação do ilícito, evitando tomar a infração à norma como prova suficiente da existência de um ato que deva ser sancionado.

Ademais, o resultado material lesivo ou ofensivo, além de confirmatório do indício de antijuridicidade, é igualmente relevante para quantificar a extensão (grandeza) e a natureza (qualidade) do dano, ou seja, para se estimar – se for o caso – a necessidade (e sobretudo o limite) de eventual constrição sobre qualquer direito subjetivo da pessoa imputada. Sem esse resultado, cairá a apreciação judicial do ato apontado como ilícito ou antijurídico no âmbito das estimativas soltas ou meramente alvitreiras, certamente incompatíveis com as elevadas pautas de atuação equilibrada do poder sancionador, nas suas diferentes formas de exercício.

No entanto, há uma tendência muito forte e muito seguida de considerar que a infração à norma – ou seja, a tipificação apenas normativa – poderá bastar para dar o ilícito por realizado, independentemente do seu resultado. Isso ocorre, geralmente, nos chamados ilícitos formais, que se consumam instantaneamente, tão logo a conduta é praticada, ainda que seja mínima ou mesmo nenhuma a consequência dessa mesma conduta.

Um bom exemplo desse tipo de ilícito pode ser apontado no art. 317 do Código Penal Brasileiro, que define o crime de corrupção passiva, o qual se perfaz com as condutas de solicitar ou receber, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida, ou aceitar promessa de tal vantagem.

Não será demasia sublinhar que esse ilícito está conectado à retribuição que o aceitante da vantagem indevida praticou ou prometeu praticar em favor do ofertante dessa propina, ainda que, por acaso, essa retribuição não venha a ser efetivada. Certamente não se irá enquadrar como corrupção passiva a solicitação ou o recebimento de vantagem ilícita, sem nenhum ato ou sem a promessa de nenhum ato em troca (retribuição), pois, se assim fosse, seria inconcebível a alusão à função, já que se trata de ilícito contra a Administração Pública.

Atos ímprobos e bagatela na improbidade administrativa

A Lei 8.429/92 contempla, três blocos distintos de ilegalidades que se alçam a ilícitos administrativos, os quais podem ser visualizados pelos seus correspondentes resultados: (a) o bloco das condutas que importam em enriquecimento ilícito (art. 9o.), (b) o bloco das que causam prejuízo ao erário (art. 10 e 10-A) e (c) o bloco das que atentam contra os princípios da Administração Pública (art. 11).

Seria ocioso dizer que cada um desses blocos alberga um rol de condutas que se apresentam dotadas de especificidade, pois, do contrário, não haveria a necessidade de estabelecer distinções entre elas, como se fossem intercambiáveis, isto é, umas pudessem tomadas pelas outras, à maneira de figuras delitivas ou infrações indiferentes, de modo que entre elas não se registrassem distinções notáveis, ou não houvesse uma fronteira entre essas figuras.

Relativamente aos dois primeiros blocos (arts. 9o. e 10 e 10-A da Lei 8.429/92), a ofensividade e a lesividade das condutas ali contempladas aparecem de forma tão patente nos seus resultados, que é praticamente nenhuma a dificuldade de identificar os seus conteúdos, porquanto, em ambos os casos, os efeitos materiais das condutas cogitadas são visíveis. No entanto, em pesquisa empírica vê-se a tendência punitivista dos julgadores, quando não se preocupam em enquadrar a conduta praticada dentre as hipóteses do dispositivo correspondente:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. INEXISTÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO DE FUNDAMENTO DA DECISÃO AGRAVADA. SÚMULA 182/STJ. SUSTENTAÇÃO ORAL. CONTROVÉRSIA A RESPEITO DO USO DA PALAVRA PELO ADVOGADO DA PARTE. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICA. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ.

1. Inviável a apreciação do agravo regimental que deixa de atacar especificamente os fundamentos do decisum que negou provimento ao agravo em recurso especial, incidindo na espécie a Súmula 182/STJ.

2. Embora a parte recorrente alegue que não lhe foi franqueada a palavra após o Parquet fazer uso de tempo maior àquele que foi atribuído ao seu advogado, o Tribunal a quo assevera, no acórdão integrativo, que o causídico "pediu a palavra, e teve oportunidade de se pronunciar novamente" (fl. 1.210). Diante disso, é inviável o reexame de matéria fática no âmbito do recurso especial, no termos da Súmula 7/STJ.

3. Agravo regimental parcialmente conhecido e, nesta parte, não provido. (EAREsp. 647.089/PE, Rel. Min. Sérgio Kukina, DJe 2/2/2016).

No caso em apreço, como se denota do voto-vencido do Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, verifica-se que a imputação a prática do ato de improbidade administrativa refere-se às compras fracionadas para, supostamente, burlar o procedimento licitatório, no entanto, o órgão acusador não se desincumbiu do seu dever de demonstrar o enriquecimento ilícito, dano ao erário ou dolo na ofensa aos princípios da administração pública.

Nos casos de enriquecimento ilícito (art. 9o.) e de prejuízo ao erário (art. 10 e 10-A), os resultados (ou efeitos) são, portanto, exigíveis e indispensáveis para a consumação do ilícito, mas esses resultados devem ser sempre relevantes, sob pena de

não se configurar a realização material do tipo infracional, por falta de ofensa a bem jurídico, e, assim, envolver-se a jurisdição sancionadora em coisas irrelevantes.

Não se poderá cogitar de enriquecimento ilícito ou de prejuízo ao erário sem, ao mesmo tempo, aludir a resultados materiais, quantitativamente mensuráveis em termos de grandeza e de valor. Nesses casos, tais resultados devem vir explicitados na acusação, e também quantificados, inclusive para permitir que seja avaliada (mensurada) a sua relevância. Os termos em que se expressam esses resultados – enriquecimento e prejuízo – aludem, seguramente, a eventos de natureza material, porquanto se trata de efeitos que podem ser pesados, medidos e contados.

Se assim não for feito, pode-se chegar à desconcertante afirmação que qualquer que seja o valor ou a extensão do enriquecimento ilícito ou do prejuízo ao erário, dará ensejo à configuração da prática sancionável e à imposição da mesma sanção.

Não há necessidade de muitas palavras para se evidenciar que, quando se impõe a mesma sanção na repressão de condutas que são manifestamente distintas quanto à relevância dos seus resultados ou efeitos, se está, por via oblíqua ou inconsciente, estimulando a prática ou o cometimento da infração mais grave. Se a prática de uma lesão de menor expressão acarreta a mesma sanção que se aplica à prática de uma lesão de gravidade manifesta, qual seria a razão para não se cometer a segunda?

O nivelamento das sanções, ou seja, a uniformização das penas, sem atenção aos efeitos e resultados da conduta do infrator, retira de sua realidade o elemento revelador da respectiva expressão material. Além disso, quando se descarta o valor do efeito lesivo ou do resultado produzido pelo ato infrator, punindo-se do mesmo modo ou com a mesma sanção, os ilícitos graves e os não graves, promove-se o desrespeito à dosimetria das penas, que é um dos dogmas mais cultuados do Direito Sancionador.

Isso pode levar – e leva – àquele recrudescimento do punitivismo, que se contenta com a só infração à lei, sem preocupar-se com os efeitos dos atos observados. E essa postura leva também à conclusão de que, para a imposição da mesma sanção (demissão do servidor, por exemplo), tanto faz que a infração produza micro-efeitos ou produza macro-efeitos.

Esse nivelamento dos resultados dos atos ilícitos ímprobos impacta negativa e diretamente a pauta da justiça sancionadora, excluindo a avaliação judicial dos resultados materiais que singularizam as condutas das pessoas que cometem infrações. Nesse sentido, seria indiferente que o ilícito produzisse um efeito de pequena expressão, classificável como bagatela, ou um efeito de expressão enorme. A injustiça

dessa orientação salta aos olhos e não merece ser abonada por nenhum jurista ou julgador que tenha alguma preocupação em efetivar a justiça do caso concreto.

Como advertia o jurista e filósofo italiano Cesare Bonesana (1738-1794), mais conhecido como Marquês de Beccaria, em livro de 1764, é impossível evitar todas as desordens, no universal combatente das paixões humanas. Mas é preciso que os tratamentos repressivos se ajustem à gravidade das infrações:

se pena igual for cominada a dois delitos que desigualmente ofendem a sociedade, os homens não encontrarão nenhum obstáculo mais forte para cometer o delito maior, se disso resultar maior vantagem. (1997, p. 39).

O Marquês de Beccaria intuiu, há mais de 250 anos, não apenas a ideia de justa dosimetria das sanções, que serve de fundamento à legitimidade moral das reprimendas jurídicas impostas pelas leis positivas, mas também a ideia de bagatela. Essa ideia se fundamenta na necessidade de avaliação ponderada das consequências dos atos puníveis, de modo que a repreensão se estruture nos seus resultados lesivos e não apenas na constatação da prática da infração.

O pensamento juslegalista que, em matéria sancionadora, frequentemente desborda para o punitivismo, apregoa, porém, a validade de orientação contrária, quando afirma que a infração à regra é o quanto basta para justificar a imposição da sanção.

O princípio da bagatela não se acha explícito nos textos legais sancionadores, mas resulta da interpretação das suas disposições, sobretudo sob a luz dos direitos que a Constituição consagra e, mais ainda, sob a luz dos direitos humanos e fundamentais. No entanto, nunca se deve minimizar o peso e a força das proposições juslegalistas, geralmente invocadas como barreiras e freios ao avanço do humanismo.

Não se pode dizer que a severidade das sanções seja um tema frequente na preocupação da maioria dos julgadores. Na maior parte, os julgamentos se exaurem na identificação da lei que estabelece a sanção, seguida da sua aplicação acrítica, mesmo que tal sanção seja um evidente exagero, máxime quando comparada com outras sanções que também poderiam ser aplicadas, como alternativa possível àquela escolhida.

No que se refere ao bloco das condutas elencadas no art. 11 da Lei 8.429/92, muitos autores ensaiam – e com inegável sucesso – a explicação de que ali estão elencados ilícitos administrativos ímprobos de mera conduta do agente, não se exigindo, portanto, para a sua consumação, a produção de nenhum resultado material, senão

somente a infração ao enunciado normativo, ou seja, a infração ao dispositivo legal, sem maiores considerações aos resultados que dela advieram.

Em outras palavras, na aplicação do art. 11 da Lei 8.429/92, estaria o juiz dispensado de observar, quantificar ou mensurar o resultado concreto, ofensivo ou lesivo oriundo do comportamento ou do ato praticado pelo infrator da norma. Nessa visão, a infração – por si só e independentemente de qualquer resultado ulterior – bastaria, segundo essa equivocada visão, para definir, configurar e consumir a ocorrência do ilícito ímprobo e para pôr em movimento a máquina repressora estatal e permitir a imposição da sanção.

Mas essa concepção encerra, como se vê, um evidente e inexplicável exagero punitivo, que deve ser denunciado e mesmo insonemente combatido: não há, senão abstratamente, ilícitos sancionáveis (de qualquer natureza) inaptos a produzir ofensa ou lesão a bem jurídico, embora possam existir, obviamente, múltiplas infrações de outras ordens (as chamadas ilegalidades genéricas), não causadores de efeitos lesivos concretos e, portanto, não passíveis de sanção, pelo menos com as penas dos ilícitos geradores daqueles efeitos lesivos. Isso pareceria, ao ver de muitos, de uma clareza meridiana, mas o fascínio das leis termina por impedir considerações desta ordem.

As improbidades, no entanto, acham-se na primeira categoria, isto é, entre os ilícitos que produzem efeitos concretos, materiais ou naturalísticos. As improbidades são sempre figuras altamente lesivas, com características tão marcantes e também tão singulares, que é descartável a sua confusão com outros ilícitos, ou seja, com aqueles outros ilícitos que são (apenas) ilegalidades.

Na verdade, isolar as ilegalidades simples (ou comuns) das chamadas ilegalidades qualificadas (ou ímprobadas) é o passo inicial para identificar a essência dos atos de improbidade administrativa. Não se poderá, sem violação da essência de um e outro fenômenos, imaginar que toda ilegalidade é improbidade, embora toda improbidade seja uma ilegalidade. As ilegalidades comuns, não se elevam ao nível das improbidades, porque estas serão, sempre, ilegalidades sumamente gravosas, qualificadas pelo intuito malsão, a má fé manifestada de forma inequívoca e causadora de lesão notável ou relevante ao bem jurídico protegido.

Não é qualquer ilegalidade, portanto, que pode ser qualificada de improbidade, o que já era ressaltado na jurisprudência do STJ:

(...).

2. *A exegese das regras insertas no art. 11 da Lei 8.429/92, considerada a gravidade das sanções e restrições impostas ao agente público, deve se realizada cum granu salis , máxime porque uma interpretação ampliativa poderá acoimar de ímprobas condutas meramente irregulares, suscetíveis de correção administrativa, posto ausente a má-fé do administrador público, preservada a moralidade administrativa e, a fortiori, ir além de que o legislador pretendeu.*

3. *A má-fé, consoante cediço, é premissa do ato ilegal e ímprobo e a ilegalidade só adquire o status de improbidade quando a conduta antijurídica fere os princípios constitucionais da Administração Pública coadjuvados pela má-intenção do administrador (REsp. 909.446/RN, Rel. Min. Luiz Fux, DJe 22.4.2010).*

(...).

2. *não se pode confundir improbidade com simples ilegalidade. A improbidade é ilegalidade tipificada e qualificada pelo elemento subjetivo da conduta do agente. Por isso mesmo, a jurisprudência do STJ considera indispensável, para a caracterização de improbidade, que a conduta do agente seja dolosa, para a tipificação das condutas descritas nos artigos 9º e 11 da Lei 8.429/92, ou pelo menos eivada de culpa grave, nas do artigo 10” (AIA 30/AM, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJe 28.9.2011).*

1. *O STJ ostenta entendimento uníssono segundo o qual, para que seja reconhecida a tipificação da conduta do réu como incurso nas previsões da Lei de Improbidade Administrativa, é necessária a demonstração do elemento subjetivo, consubstanciado pelo dolo para os tipos previstos nos artigos 9º e 11 e, ao menos, pela culpa, nas hipóteses do artigo 10 (EDcl no REsp. 1.322.353/PR, Rel. Min. Benedito Gonçalves, DJe 11.12.2012).*

ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. AGENTES PENITENCIÁRIOS. AGRESSÃO CONTRA PARTICULAR. VIOLAÇÃO DO ART. 11 DA LEI 8.429/92. OFENSA AO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE. CONDOTA QUE NÃO SE ENQUADRA, CONTUDO, NA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. RECURSO NÃO PROVIDO.

1. *A Lei de Improbidade Administrativa visa a tutela do patrimônio público e da moralidade, impondo aos agentes públicos e aos particulares padrão de comportamento probo, ou seja, honesto, íntegro, reto.*

2. *A Lei 8.429/92 estabelece três modalidades de improbidade administrativa, previstas nos arts. 9º, 10 e 11, a saber, respectivamente: enriquecimento ilícito, lesão ao erário e violação aos princípios norteadores da Administração Pública.*

3. *A conduta prevista no art. 9º da LIA (enriquecimento ilícito) abrange, por sua amplitude, as demais formas de improbidade estabelecidas nos artigos subsequentes. Desta maneira, a violação aos princípios pode ser entendida, em comparação ao direito penal, como "soldado de reserva", sendo, aplicada, subsidiariamente, isto é, quando a conduta ímproba não se subsume nas demais formas previstas.*

4. *De acordo com Francisco Octávio de Almeida Prado (Improbidade Administrativa, Malheiros Editores, São Paulo, 2001, p. 37), "A improbidade pressupõe, sempre, um desvio ético na conduta do agente, a transgressão consciente de um preceito de observância obrigatória".*

5. *A improbidade administrativa, ligada ao desvio de poder, implica a deturpação da função pública e do ordenamento jurídico; contudo,*

nem toda conduta assim caracterizada subsume-se em alguma das hipóteses dos arts. 9º, 10 e 11 da LIA.

6. *Nesse sentido, Arnaldo Rizzardo (Ação Civil Pública e Ação de Improbidade Administrativa, GZ Editora, 2009, p. 350): "Não se confunde improbidade com a mera ilegalidade, ou com uma conduta que não segue os ditames do direito positivo. Assim fosse, a quase totalidade das irregularidades administrativas implicariam violação ao princípio da legalidade. (...) É necessário que venha um nível de gravidade maior, que se revela no ferimento de certos princípios e deveres, que sobressaem pela importância frente a outros, como se aproveitar da função ou do patrimônio público para obter vantagem pessoal, ou favorecer alguém, ou desprestigiar valores soberanos da Administração Pública".*

7. *In casu, o fato praticado pelos recorridos, sem dívida reprovável e ofensivo aos interesses da Administração Pública, não reclama, contudo, o reconhecimento de ato de improbidade administrativa, apesar de implicar clara violação ao princípio da legalidade. Assim fosse, todo tipo penal praticado contra a Administração Pública, invariavelmente, acarretaria ofensa à probidade administrativa.*

8. *Recurso não provido (REsp. 1.075.882/MG, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, DJe 12.11.2010).*

O TSE também adere a esse entendimento, aliás calcado exatamente nesses julgados do STJ:

"Não se há de intercambiar os conceitos de improbidade administrativa e o de ilegalidade, como se um pudesse substituir o outro, à maneira de rótulos indiferentes, porquanto só se detecta o primeiro (a improbidade) quando (e se) a conduta do agente público se mostra acintosamente eivada de intuito malsão, malicioso ou desonesto, qualificando o seu agir ilegal. Sem essa configuração objetivada ou sem essa figuração típica, tem-se a ilegalidade manifesta, que não basta, porém, por si só, para dar conta da presença da improbidade. (RESPE 104-91, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho).

A especificidade do ato ímprobo é, portanto, uma característica encontrável somente em algumas ilegalidades – mas não em todas elas – ou seja, somente naquelas ilegalidades qualificadas pelos seus resultados particularmente graves, em termos de ofensa ou lesão a certo bem jurídico relevante, protegido pela norma incriminadora. Fora dessa consideração singularizante, ter-se-á de dizer – o que não será juridicamente acertado – que as ilegalidades e as improbidades são intercambiáveis, não havendo distinção significativa, ontológica ou de essência entre elas.

No entanto, as descrições dos tipos que produzem efeitos ofensivos e lesivos, previstos nos arts. 9º. e 10 da Lei 8.429/92 são – todas elas – manifestas e graves ilegalidades, somente se distinguindo umas das outras pelos seus correspondentes resultados, que ofendem gravemente diferentes bens jurídicos tutelados por aquelas disposições positivadas. Sendo assim, resta claro que as figuras dos incisos I a VII do art. 11 da Lei 8.429/92 – que são também manifestas e claras ilegalidades – não se

confundem com aquelas outras figuras dos arts. 9o. e 10 da mesma lei, embora, em todos os casos, trate-se, com certeza, de indiscutíveis ilegalidades.

Convém insistir que é necessário aprofundar essa distinção, separar as ilegalidades das improbidades, e reprimir umas e outras com as sanções que guardem proporção com a essência de cada qual dessas figuras. As ilegalidades simples são corrigidas mediante a emissão de atos de teor apenas reformador, sem oportunidade – e, sobretudo, sem necessidade – de impor-se ao seu praticante reprimendas ou castigos. A revogação do ato ilegal, por conseguinte, é a justa medida de sua correção. Em caso assim, não se há de cogitar de improbidade, por ausência, na conformação do ato do agente, de elementos caracterizadores de intuito malsão, ânimo malicioso ou pervertido.

As ilegalidades simples são as condutas viabilizadoras de meros erros administrativos, de ocorrência tão comum na prática quotidiana da gestão de quaisquer recursos, sejam materiais, sejam financeiros ou sejam de pessoal. Não se pode excluir a possibilidade de erros – e erros graves – na condução dos negócios administrativos em geral. É muito tentadora, porém, a ideia de associar erros e improbidades, porque representa um viés fácil para exercer o poder punitivo estatal e quem exerce esse poder com alarde e exposição geralmente angaria simpatias e aplausos.

O que deve ser fixado, quanto a esse tema, é que as ilegalidades em geral não se confundem com os atos ímprobos, porque estes – os atos ímprobos – produzem resultados concretos, lesivos ou ofensivos de bens jurídicos relevantes, enquanto aquelas – as chamadas meras ilegalidades – se completam imediatamente com a infração à lei, não se exigindo, para a sua perfeita ocorrência, a verificação de resultados materiais concretos. Mas não se há de assentir com a ideia de ser juridicamente admissível reprimir com as mesmas penas as ilegalidades simples e as ilegalidades ímprobos.

Convém, ainda, insistir no ponto, segundo o qual, a ofensa a princípios da Administração Pública (incisos I a VII do art. 11 da Lei 8.429/92) não é uma coisa diferente, ou sequer distinta, em uma consideração ontológica, da ofensa à legalidade, até porque a legalidade é um dos princípios da Administração Pública (art. 37 da Carta Magna).

Essa linha de raciocínio leva à conclusão – inevitável conclusão, como se vê – de que, também, nos casos do art. 11 da Lei 8.429/92, exige-se a produção de efeitos ofensivos ou lesivos, para que a conduta do agente possa ser classificada como ato de improbidade administrativa. É preciso ressaltar, porém, desde logo, que o fato de se

afastar a nota ímproba de uma conduta ilícita não significa deixá-la à solta, sem a punição adequada, porquanto as sanções aplicáveis aos atos de improbidade não são as únicas existentes no arsenal repressor administrativo sancionador, havendo muitas outras sanções que podem – e mesmo devem – ser aplicadas aos praticantes de ilegalidades.

Apenas para ilustração, veja-se, por exemplo, que as condutas contempladas como deveres do Servidor Público no art. 116 da Lei 8.112/90, ou como proibições, no art. 117 da mesma Lei 8.112/90, são casos indiscutíveis de ilegalidades, mas não se pode dizer, que por serem ilegalidades, seriam também e automaticamente atos de improbidade administrativa.

Urge que se faça, no dia a dia judicial, a distinção entre essas diferentes condutas, bem como que se assinale que as infrações listadas no art. 11 da Lei 8.429/92 se referem a atos que atentam contra os princípios da Administração Pública, o que não se confunde com atos que apenas os infringem. O conceito de atentar, como verbo transitivo indireto, significa, em primeiro lugar, concentrar a atenção, como quando se diz, por exemplo, devemos atentar nas lições jurídicas dos especialistas. Em um segundo sentido, significa cometer ou praticar uma conduta lesiva ou agressiva, como quando se diz, por exemplo, torturar uma pessoa atenta contra a dignidade humana.

No contexto do art. 11 da Lei 8.429/92, a voz atentar é empregada no segundo sentido, até porque lhe vem acoplada a preposição contra, cuja carga significativa indica adversidade, oposição ou agressão. Portanto, atentar contra os princípios da Administração não é o mesmo que apenas descumpri-los. A expressão usada na lei (atentar contra) somente pode ser apreendida na sua versão dolosa, isto é, quando vem acolitada pelo elemento subjetivo que a caracteriza.

Certamente não se encontrará jurista ou juiz que afirme que a compreensão do termo atentar é a mesma que se tem do termo infringir, porquanto se trata, à toda evidência, de conceitos que reportam ideias distintas. E, se assim não fosse, a função judicial sancionadora cairia na vala comum e nem haveria mais espaço para o juiz das infrações realizar a necessária dosimetria das sanções, proporcionando-as segundo a sua gravidade.

E assim se retornaria àquela situação de identificação entre os conceitos de ilegalidade e de improbidade, confusão que tem produzido a aplicação autoritária da Lei 8.429/92 e contribuindo para criar a cultura do terror judicial, armando-se os órgãos

sancionadores com inumeráveis espadas de Dâmocles, todas penduradas, perigosamente, por um fio de cabelo sobre as cabeças das pessoas.

O Professor Mauro Roberto Gomes de Matos afirma ser assustador o caráter aberto do art. 11, *caput*, da Lei 8.429/92, mostra como é larga a abertura desse item legal, dando a entender que qualquer conduta poderá ser nele acomodada:

uma lei tão severa como a de improbidade administrativa, capaz de suspender os direitos políticos, determinar a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário (art. 37, § 4o. da CF), traz em seu contexto que o descumprimento, por qualquer ação ou omissão, dos deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições, bem como as hipóteses exemplificadas nos incisos I a VII do art. 11, caracterizam a improbidade. (2009, 388).

Obtempera esse jurista:

há que se ter temperamentos ao interpretar a presente norma, pois o seu caráter é muito aberto, devendo, por esta razão, sofrer a devida dosagem de bom senso para que mera irregularidade formal, que não se subsuma como devassidão ou ato ímprobo, não seja enquadrada na presente lei, com severas punições (Op. cit., p. 388).

Recorrendo-se, mais uma vez, às ideias dos penalistas – precisas ideias – pode-se concluir que foi na dogmática da Ciência Penal que se desenvolveu a noção de bem jurídico ou de bem juridicamente protegido, identificado, nas palavras do Professor Aníbal Bruno (1890-1976) como o elemento central do preceito da incriminação, assim abrindo a crítica doutrinária ao movimento (aliás muito bem sucedido) que tendeu a visualizar o bem jurídico apenas na dicção (ou na leitura) da norma legal positivada.

O núcleo da atividade incriminadora deverá ser a ofensividade que decorre da conduta infratora do agente e sem ela, ou sem a sua demonstração, a atividade incriminadora poderá extraviar-se em imputações eivadas de sectarismos ou de ofensas aos direitos subjetivos constitucionalmente assegurados, não apenas como enunciados retóricos, mas como veículos aptos a induzir resultados defensivos e garantísticos, pela via do mecanismo judicial sancionador.

Para Fábio Roberto Dávila “a ofensividade é, sem dúvida, por inúmeras razões, uma exigência constitucional. Aliás, parece-nos possível encontrar elementos párea justificar tal exigência, tanto em âmbito puramente principiológico como, e principalmente, à luz das regras constitucionais. Partindo de um ordenamento constitucional fundado na inter-relação de regras e princípios, podemos, mediante a admissão de uma proposição de ordem e paz a cargo do Estado de Direito, reconhecer um princípio geral fundamental de tutela de bens jurídicos, densificador do princípio estruturante do Estado de Direito” (2009, p. 69).

Essa função crítica aplicável ao Direito Sancionador poderá conduzir a detecção da existência do ilícito no rumo da verificação objetiva da ofensividade e lesividade da conduta do agente e, portanto, à preservação do bem jurídico protegido. Do contrário, a atividade estatal sancionadora elegerá a simples ilegalidade como o seu eixo e a sua roda, deixando de lado aquele referido elemento central do preceito, como advertira o Professor Aníbal Bruno que, aliás hoje em dia é pouco referido, até mesmo pelos criminalistas, sem embargo de ser reconhecido como exímio doutrinador.

A busca da delimitação do bem jurídico parece a alguns, porém, um esforço intelectual no sentido de minar a força punitiva das leis sancionadoras e, dessa forma, reduzir a legitimidade das sanções, o que terminaria, ao que se diz, equivocadamente, porém, favorecendo a impunidade dos agentes violadores das normas. Essa visão, contudo, fortemente positivista, como facilmente se percebe, deixa ao relento as especificidades do Direito Sancionador, associando-o a uma espécie de direito estatal subjetivo de punir e, dessa forma, ocultando que se trata, apenas, do poder estatal de punir.

Tratar-se a infração sancionável apenas como infringência à norma legal, sem maiores preocupações com as lesões ou ofensas que terá desencadeado, é o mesmo que atribuir ao Direito Sancionador a mera missão de exemplar, pela imposição do castigo severo, os demais membros da sociedade, tomando-se o agente infrator, apanhado no cometimento do ilícito, como bode expiatório de todos os demais infratores.

Esses outros infratores, graças às mais diversas e inesperadas circunstâncias incontroláveis, não foram flagrados ou, por outros meios, conseguiram escapar da fúria sancionatória do poder estatal. Parece que o infrator apanhado concentra em sua pessoa a frustração dos agentes repressores pela impunidade dos outros, dos que lograram se safar da sanção. Essa estratégia tem, sobretudo, a clara função de intimidar ou de compensar a sociedade pela falha na persecução do que escaparam.

Talvez seja por essa razão que o sistema repressor, não podendo punir todos os infratores, castiga com penas tão severas os que caem nas malhas sancionadoras, frequentemente desconsiderando a realidade ou a ofensividade da conduta do infrator apanhado. É provável que esta explicação tenha alguma parte de verdade na preferência administrativa pelas sanções radicais, como a demissão do servidor público apanhado em ato ímprobo, ainda que as consequências da sua conduta sejam de pouca monta ou mesmo insignificantes, do ponto de vista quantitativo ou da relevância do bem jurídico tutelado.

Em resumo, se não ocorrer – ou não se demonstrar – que a conduta do agente produziu grave ofensa ou lesão ao bem juridicamente protegido pela norma sancionadora, não se haverá de cogitar da presença de ato de improbidade, cabendo, se for o caso, a imposição de outras reprimendas.

Apenas para repontuar, os autores penalistas denominam de supralegal essa causa de exclusão da tipicidade. Já na bagatela penal imprópria, todos os elementos do fato típico estão presentes no agir da pessoa penalmente responsável, mas o julgador, atentando para os critérios da necessidade e suficiência para a reprovação da conduta, fixará a pena ao imputado.

Há, aqui, possivelmente a influência das ideias penais minimalistas, associadas às ideias penais humanistas, de modo a evidenciar que as sanções ou os castigos legais, sejam pela prática de crimes ou pela prática de condutas infracionais mais leves, como os atos de improbidade administrativa, devem se guiar pela relevância dos impactos aos bens jurídicos protegidos, pondo-se em plano de menor importância o seu aspecto apenas formal.

A Lei de Improbidade Administrativa (Lei 8.429/92), no entanto, não contém a previsão de tais procedimentos judiciais, ou de tal liberdade judicante, podendo se discutir, portanto, se, diante de tal silêncio, poderá o juiz da improbidade aplicar os critérios orientadores das bagatelas penais (a própria e a imprópria), trazendo as orientações e as premissas da teoria penalista da insignificância para o âmbito do processo judicial sancionador dos atos de improbidade. Este será núcleo da investigação a ser desenvolvida, ao logo deste trabalho.

Parte-se da ideia de que a resposta a essa indagação tenderá a ser positiva, mas não se pode desconhecer que não se trata de empreendimento que possa ser facilmente executado, sobretudo nos dias correntes, em que as iniciativas sancionadoras de atos de improbidade apresentam-se em expansão constante e veloz.

Quando se fala em regulações e limites, em premissas funcionais e em contenções operacionais de agentes repressores, as vozes de muitos juristas se levantarão contra tais sugestões e apontarão os seus defensores como incentivadores da impunidade e da tolerância com os atos infracionais.

Também seria o caso de se cogitar se seria aceitável, ou não, aplicar-se aos casos de improbidade administrativa o arrependimento posterior, de tão largo uso no âmbito penal. Mas se pode esperar, quanto a essa sugestão, as mesmas oposições que se verificarão àquelas premissas, regulações e limites, além da reação dos próprios

juizadores, que têm a escusa da ausência de previsão legal para a adoção de tal conduta judicante.

Não se pode esquecer que tem muito peso e muita força a tradição judicial que faz o reconhecimento de direitos subjetivos dependerem de previsões legais, como se os princípios de Direito, as noções de prerrogativas fundamentais e humanas não pudessem reger diretamente a solução judicial de casos concretos.

As previsões legais insertas no art. 11 da Lei de Improbidade Administrativa, versadoras da ofensa aos princípios da Administração Pública, parecem ser responsáveis por *eclipsar* a incidência do princípio da bagatela.

O eclipse é um evento astronômico em que um objeto celeste atravessa a posição aparente de outro, este que está, porém, mais distante.

A razão para o emprego da *Alegoria do Eclipse* reside no fato de que, pelos ditames da lei, tudo, por mais trivial que possa parecer, pode ser categorizado como *ofensa aos princípios administrativos*. A tese aqui lançada é a de que, como os princípios não estão sempre estruturados legalmente, com aptidão para estabelecer os quadrantes normativos de sua aplicação, vê-se que qualquer interpretação é passível de encaixar irregularidades, lícitos ou malfeitos de toda sorte como minimamente ofensivo aos princípios administrativos.

Uma leitura do *caput* do aludido art. 11, acompanhada dos dois primeiros incisos, permite ver o quanto pode alcançar a *previsão de ofensa* por simples *enunciação de princípios*:

Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, e notadamente:

I - praticar ato visando fim proibido em lei ou regulamento ou diverso daquele previsto, na regra de competência;

II - retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício (...).

Se há interpretação possível para que qualquer ato voluntário de Agente Público, com violação à legalidade, por mais irrisório que se possa conceber, seja categorizado como ofensivo aos princípios da Administração Pública, o princípio da bagatela, conquanto existente e tradicionalmente incrustado na doutrina do Direito Penal, não encontra espaço no âmbito das improbidades – é o eclipse do princípio.

Qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, dicção legal do *caput* do art. 11, é expressão apta

a abarcar todas as irregularidades de Agentes Públicos, das mais abjetas às mais irrisórias.

O legislador deixou ao alvedrio do Órgão acusador e dos julgadores, em uma sensível questão de penalidades – *tradicionalmente vinculada a taxatividades* –, a tarefa de identificar que conduta estaria incursa na violação aos princípios administrativos. Contudo, o espaço para fundamentar absolvições por improbidade é reduzido, uma vez que, pelo tipo legal extremamente amplificado pela noção de princípio, mesmo que alguém repunte uma conduta de mínimo potencial ofensivo ou reprovação, restaria a *ofensa à legalidade* para amoldar o fato à previsão sancionadora do art. 11 da Lei de Improbidade.

Ainda que não identifique lesão aos cofres públicos, nem o enriquecimento pessoal do Agente Público ou de terceiros, sempre há, pela conformação legal, um *desassossego ao aplicador da lei* quando se vê às voltas da absolvição do réu: por uma operação mental, mesmo que a infração seja classificável como *bagatela*, com baixíssima reprovabilidade e periculosidade social do infrator, com nula ofensividade e inexpressividade da lesão a qualquer bem jurídico público tutelado, há a possibilidade de se inserir a conduta como *praticar ato visando a fim proibido em lei*, ato violador dos princípios reitores administrativos segundo o tipo sancionador (art. 11, I, da Lei 8.429/1992).

Portanto, o *jogo de poder* do punitivismo, ao lançar legalmente a *ofensa aos princípios* como elemento *puramente tipificador* de improbidade, parece ser causador de total sombreamento à incidência do garantista princípio da insignificância na aplicação da Lei 8.429/1992 em esfera processual.

A Tabela 1 é indicativa de que há extensa recorrência da expressão bagatela/insignificância em casos com caráter penal, ao passo que, em esfera administrativa, há sintomática ausência de referências em julgados, seja para aplicar, seja para rejeitar, expressamente, o princípio. Confira-se:

Tabela 1 – Quantitativo de documentos indicados como resultado de pesquisa de julgados na página eletrônica do Superior Tribunal de Justiça (por número de ocorrências verificadas nos termos de pesquisa)

Termos de pesquisa	improb\$ e (bagatela ou insignif\$)		(penal ou crim\$) e (bagatela ou insignif\$)	
	Espécies	<i>Acórdãos</i>	21	<i>Acórdãos de Repetitivos</i>
<i>Decisões</i>		465	<i>Súmulas</i>	2

	<i>Monocráticas</i>			
	<i>Informativos de Jurisprudência</i>	1	<i>Acórdãos</i>	5.787
	<i>Decisões Monocráticas</i>	-	<i>Decisões Monocráticas</i>	37.092
	<i>Informativos de Jurisprudência</i>	-	<i>Informativos de Jurisprudência</i>	99

Fonte: página eletrônica do STJ - <http://www.stj.jus.br/SCON/>. Pesquisa efetuada em 21.02.2019.

Inicialmente, é preciso registrar, metodologicamente, que o conectivo “e” assegura que serão conjugados os termos de pesquisa, em qualquer lugar da decisão, não necessariamente próximos (há o conectivo *prox* para esse fim) e não necessariamente no mesmo parágrafo (há o conectivo *com* para esse fim).

Não é possível dizer que tenham sido evitados resultados repetidos, isto é, apontamentos de casos tanto num, quanto noutra tabela, mas isso não constitui viés de pesquisa, pois a pretensão é promover visualização globalmente considerada do quantitativo de casos com discurso acerca da bagatela/insignificância.

É provável que, nos casos de improbidade, haja casos contendo a expressão *penal* ou *criminal*. Seria possível eliminar os resultados com o uso do conectivo *não* (*penal* ou *crimin*), mas isso poderia causar *viés no resultado*, rareando os casos, porquanto as referidas expressões podem constituir apenas pronunciamento lateral do Julgador, meramente argumentativo, ilustrativo ou comparativo, sem que os casos digam respeito a questões penais, mas, sim, à improbidade administrativa propriamente dita.

A partir dos dados evidenciados na Tabela 1, é possível deduzir que, ao se lançar o termo de pesquisa (*penal* ou *crimin*) e (*bagatela* ou *insignif*) no motor de busca da página eletrônica, há pródigos casos nos quais a expressão bagatela/insignificância é necessariamente utilizada, constando, de algum modo, para rejeitar ou aplicar, o princípio em questão.

Para se ter a noção de que o princípio da bagatela integra tradicionalmente o discurso de fundamentação das lides penais, observe-se que, como exemplar dos 5 casos de acórdãos de repetitivos, há um feito em que se aplica o princípio aos casos de crimes tributários federais e de descaminho, cujo débito não exceda R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), em ajuste ao entendimento pretérito do Superior Tribunal de Justiça, que só

aceitava a incidência principiológica aos injustos até R\$ 10.000,00. Confirma-se, a título de mera ilustração metodológica de *análise de discurso*:

RECURSO ESPECIAL AFETADO AO RITO DOS REPETITIVOS PARA FINS DE REVISÃO DO TEMA N. 157. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA AOS CRIMES TRIBUTÁRIOS FEDERAIS E DE DESCAMINHO, CUJO DÉBITO NÃO EXCEDA R\$ 10.000,00 (DEZ MIL REAIS). ART. 20 DA LEI N. 10.522/2002. ENTENDIMENTO QUE DESTOA DA ORIENTAÇÃO CONSOLIDADA NO STF, QUE TEM RECONHECIDO A ATIPICIDADE MATERIAL COM BASE NO PARÂMETRO FIXADO NAS PORTARIAS N. 75 E 130/MF - R\$ 20.000,00 (VINTE MIL REAIS). ADEQUAÇÃO.

1. Considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia, deve ser revisto o entendimento firmado, pelo julgamento, sob o rito dos repetitivos, do REsp n. 1.112.748/TO - Tema 157, de forma a adequá-lo ao entendimento externado pela Suprema Corte, o qual tem considerado o parâmetro fixado nas Portarias n. 75 e 130/MF - R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) para aplicação do princípio da insignificância aos crimes tributários federais e de descaminho.

2. Assim, a tese fixada passa a ser a seguinte: incide o princípio da insignificância aos crimes tributários federais e de descaminho quando o débito tributário verificado não ultrapassar o limite de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), a teor do disposto no art. 20 da Lei n. 10.522/2002, com as atualizações efetivadas pelas Portarias n. 75 e 130, ambas do Ministério da Fazenda.

3. Recurso especial provido para cassar o acórdão proferido no julgamento do Recurso em Sentido Estrito 0000196-17.2015.4.01.3803/MG, restabelecendo a decisão do Juízo da 2ª Vara Federal de Uberlândia - SJ/MG, que rejeitou a denúncia ofertada em desfavor do recorrente pela suposta prática do crime previsto no art. 334 do Código Penal, ante a atipicidade material da conduta (princípio da insignificância). Tema 157 modificado nos termos da tese ora fixada. (REsp. 1.709.029/MG, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, Terceira Seção, DJe 04.04.2018)

Para se ter a noção do dimensionamento que o acórdão repetitivo tem, trata-se de solução jurídica que deve ser adotada, em um modelo de precedentes firmados pelas Cortes de Vértice do Poder Judiciário, por todas as Instâncias Judiciais, significando a disseminação por todo o país do princípio da bagatela para casos penais similares.

Na verdade, o acórdão repetitivo é, por vezes, a consolidação de entendimento que já vinha sendo adotado pela Corte Superior em casos pretéritos, o que está a indicar os mais de 5 mil acórdãos penais que, no resultado da pesquisa, vertem a expressão.

Por sua vez, no âmbito da improbidade administrativa, os resultados são notadamente poucos.

Há apenas 21 acórdãos julgados que fazem referência à bagatela/insignificância em conjugação com improbidade administrativa em todo o histórico do banco de dados do Tribunal Superior.

Os 465 casos de decisão monocrática não servem de alicerce algum para dizer que o princípio integra o discurso de fundamentação judicial, pois é possível que a

decisão apenas reproduza trecho de acórdão recorrido e, como desfecho, sequer haja o conhecimento do recurso, consoante é frequente em decisões monocráticas que aplicam os muito conhecidos *óbices processuais* (enunciados de súmulas que, por razões de formalidade, impedem a análise de mérito).

É revelador o único caso apontado no *Informativo de Jurisprudência* como conjugador de improbidade e bagatela/insignificância. Trata-se de caso julgado em 2008, há mais de 10 anos da formulação da presente pesquisa.

Nele está relatado caso julgado pela Segunda Turma do STJ, em que o chefe de gabinete de determinada prefeitura se utilizou de três servidores da municipalidade, bem como de veículo oficial, para transportar móveis de seu interesse particular, o que teria resultado em despesa aos cofres públicos no valor de R\$ 90, oriundo do deslocamento, segundo se apurou nos autos.

Apesar da defesa do réu estar voltada ao reconhecimento da bagatela, dado o devido ressarcimento da despesa aos cofres estatais, manteve-se, judicialmente, o reconhecimento de que a conduta era ímproba, merecedora de multa civil.

No discurso fundamentador da decisão, o Órgão Fracionário do STJ considerou que não seria aplicável *o princípio da insignificância às condutas judicialmente reconhecidas como ímprobos, pois não existe ofensa insignificante ao princípio da moralidade* (REsp 892.818-RS, Rel. Min. Herman Benjamin, julgado em 11.11.2008).

Parece haver, nesta leitura de números e casos ilustrativos, sintomas muito evidentes da hipótese levantada nessa pesquisa: aspectos principiológicos voltados à moralidade, legalidade, e difusas alusões à ética como *tipificadores puros de improbidade administrativa* terminam por sombrear ou eclipsar a aplicação do princípio da bagatela, pois, à falta de pormenorização dos conceitos valorativos e morais, a qualquer infração, independente de característica ou magnitude, é passível de ser qualificada como improbidade administrativa violadora de princípios reitores administrativos (art. 11 da Lei 8.429/1992), contrariamente ao que, em âmbito penal, ocorre, na qual a tipificação é clara, taxativa e bem definida.

3. BAGATELA E BEM JURÍDICO NA DEFINIÇÃO DA JUSTA CAUSA

É na oportunidade da avaliação administrativa ou judicial da presença da justa causa jurídica nas iniciativas sancionadoras que se chocam, de um lado, a inegável necessidade de repressão dos ilícitos, geralmente tendente a expansões e alargamentos,

e, de outro lado, as limitações que o sistema jurídico impõe, fixando restrições e barreiras ao procedimento de apuração e ao posterior modo de exercício regular do poder estatal de aplicar sanções aos infratores das leis. A experiência mostra que, quanto a essas limitações, há impulsos quase sempre incontroláveis, no sentido de ultrapassá-las, de sorte que as atividades de repressão fiquem praticamente livres de controles. Essa situação tende, naturalmente, a descartar a ideia de bagatela e a simplificar o magno problema da legitimidade das sanções, enfatizando a desobediência à regra proibitiva como suficiente para a sua justificação.

Bagatela infracional e justa causa da sanção

Uma das mais árduas questões que envolve a interpretação e a aplicação judicial das regras sancionadoras é aquela que diz respeito à justa causa da ação punitiva, quer se trate de sanção na via administrativa (no caso de infrações puníveis no âmbito dos poderes da própria Administração), quer se trate de ações com curso na instância judicial (no caso de sanções impostas pelo Poder Judiciário, no domínio do justo processo sancionador). Em monografia sobre a justa causa, Maria Thereza Rocha de Assis Moura reporta que o seu conceito *é difícil senão mesmo impossível*, porque a expressão *causa possui significado vago e ambíguo, enquanto que justa constitui um valor* (2001, p. 97). Não obstante isso, a justa causa é um dado essencial, fundamental e estratégico para conferir legitimidade a qualquer ação sancionadora como também ensina Maria Thereza Rocha de Assis Moura (p. 99).

Um conceito operacional de justa causa deve demonstrar, em primeiro lugar, a ocorrência inequívoca de um fato ilícito, típico e punível, quer na esfera penal, quer na administrativa. Constatada, sem dúvida alguma, a ocorrência do fato com estes atributos, pode-se cogitar da instauração de suas circunstâncias de tempo, lugar e modo de execução, bem como da sua autoria e culpabilidade. Esse conceito operacional serve para as infrações penais, e, também, para as administrativas. Não se admite que, sem a verificação factual do evento punível se cogite da abertura de investigação.

Por entender que a justa causa, em tese, tem o seu conceito prestante para todas as esferas sancionadoras, pode-se afirmar que não é necessária a pesquisa de distinções conceituais entre a justa causa penal e a justa causa administrativa de ato ilícito. É evidente, porém, que os atos infracionais não são idênticos, na sua materialidade, mas o são no seu aspecto formal.

E isso ocorre porque é na oportunidade da avaliação administrativa ou judicial da justa causa que se chocam, de um lado, a inegável necessidade de repressão dos ilícitos, geralmente tendente a expansões e alargamentos, e, de outro, as limitações que o sistema jurídico impõe, fixando restrições e barreiras ao procedimento de apuração e ao posterior modo de exercício regular do poder estatal de aplicar sanções aos infratores das leis. A experiência mostra que, quanto a essas limitações, sempre latejam impulsos quase sempre incontroláveis, no sentido de ultrapassá-las, de sorte que as atividades de repressão fiquem praticamente livres de controles. Essa situação encaminha, naturalmente, a ideia de descartar definitivamente a ideia de bagatela e a simplificar o grave problema da legitimidade das sanções, enfatizando que a desobediência à regra legal proibitiva deve ser considerada, automaticamente, suficiente ou bastante para justificar a imposição das reprimendas.

Uma das explicações para essa atitude, por parte dos vários agentes estatais incumbidos das funções repressivas e punitivas, é a introjeção mental da noção de que, assim procedendo, estão promovendo a defesa da sociedade, contra as ações dos que pretendem solapar as suas bases. Tal comportamento desses agentes do Estado habilita-se a receber a aprovação geral, quando se dá divulgação midiática às suas iniciativas punitivas. É muito comum as multidões se voltarem contra um indivíduo que a desagrada e, quando alguém cai na desgraça da multidão, por motivos verídicos ou não, todos se sentem autorizados a expressar a sua própria rejeição, oposição ou escárnio contra ela, inclusive por meio de ataques e hostilidades de toda ordem. Talvez isso seja um espécie de sobrevivência do gosto antigo pelo linchamento, que era tão comum nas sociedades primitivas.

Para David Runciman, esse gosto antigo se expressa, nos dias de hoje, mediante o emprego de meios virtuais, para atingir o seu objetivo:

A caça às bruxas nas redes sociais não é igual à da realidade. O linchamento é virtual. Mas a violência é real: ser alvo de um bando de linchadores virtuais é sofrer uma agressão da qual pode ser muito difícil se recobrar. As vítimas desses ataques sofrem danos físicos. Depressão e adoecimento são reações comuns. O suicídio pode vir em seguida. (...). As pessoas descobriram o efeito liberador de poder de se mancomunar a um bando para atacar indivíduos que as desagradam. (2018, p. 152).

Essa postura se lava nas águas do mais exacerbado messianismo, muitas vezes até judicial, fazendo “tabula rasa” dos valiosos elementos materiais do tipo infracional, notadamente a relevância do bem jurídico tutelado pela norma e a expressão ou a grandeza do significado do dano causado a esse mesmo bem. Há, nisso, uma nota de

moralismo, que eleva os agentes punitivos estatais acima de quaisquer críticas, enquanto os imputados, investigados ou processados são, de imediato, lançados no rol dos infratores. Outro ponto relevante, na expansão das ideias punitivistas, é o que se refere ao emprego de linguagem arrasadora, quanto aos acusados, tanto na fase das investigações, quanto nas fases das denúncias e mesmo das condenações judiciais.

O confronto que então se instala entre o ímpeto punitivista e as garantias clássicas dos imputados gera tensões de não fácil equacionamento, tendo em vista que as propostas sancionadoras se firmam em apelos emocionais e técnicas que não podem ser descartados sem graves prejuízos à compreensão de sua própria realidade. Os apelos ao recrudescimento das várias formas de repressão, inclusive as cruéis e as violentas, e ao reconhecimento de margens mais amplas para a atuação desimpedida dos vários agentes do poder estatal sancionador aumentam de tom a cada dia, na mesma proporção em que cresce a criminalidade em todos os níveis.

Esses apelos carregam em si a noção de que as acusações são, em geral, se não mesmo sempre, verdadeiras e que não se deve opor ao seu livre desenvolvimento e evolução quaisquer obstáculos que se apoiem na invocação de direitos subjetivos, liberdades pessoais e garantias individuais, que passam a ser vistas como empecilhos à eficiência do trabalho de investigação de ilícitos. Esse discurso, alguns dão o nome de efficientismo, pela evidente sedução argumentativa que envolve, ganha diariamente novos adeptos e parece que o seu destino é se tornar a ideologia do punitivismo ou a sua teoria dominante.

Em aberta crítica ao efficientismo e sublinhando a sua repercussão negativa no âmbito das práticas sancionadoras penais, Jesús-Maria Silva Sánchez diz que o Direito Penal vive um momento crítico, talvez tão crítico quanto o que viveu na transição do Século XIX para o Século XX. Na sua opinião:

talvez um dos aspectos mais chamativos seja a completa desconexão entre a evolução das leis e o desenvolvimento dos conceitos. Naquela se verificou um radical pragmatismo, do qual um setor da doutrina extrai a manifestação de uma práxis política sem ciência, isto é, carente de uma racionalidade capaz de legitimá-la. No desenvolvimento conceitual, ao contrário, recuperou-se a dimensão ético-cultural do delito e do castigo, assim como uma forte incidência das ideias comunicativo-simbólicas. (2011, p. 9).

Nessa mesma linha de raciocínio, em que parece se ocultar certo desalento ou desânimo, Winfried Hassemer (1940-2014) pontua que:

em uma época de temor generalizado à criminalidade e aos interesses mais expostos das vítimas, é muito capaz de se aniquilar a curto

prazo os trabalhos de algumas décadas em torno de um Direito Penal equilibrado e moderno. Além disso, o Direito Penal pode se reduzir a uma mera função simbólica: normas penais e cominações penais sobre cuja efetividade em face do crime existem sérias dúvidas, somente têm o sentido de que o sistema penal registrar a sua presença e o seu campo de reação em face do interesse socializado da vítima, isto é, que ele simplesmente transmite a aparência de efetividade e proteção social e demonstra à opinião pública que o legislador satisfaz uma necessidade de ação rápida e eficaz. (2005, p. 115).

Essas reflexões penalistas podem ser aplicadas ao processo de sanção de atos de improbidade administrativa, porque expressam a visão humanista que domina, hoje em dia, a doutrina sancionadora geral. É claro que alguns juristas poderão objetar que as atividades repressivas ou sancionadoras seguem as demarcações operacionais postas nas leis vigentes, que não demandam nada mais, a não ser da força estatal, para se legitimarem. Segundo essa percepção, as leis se nutrem do seu próprio discurso. É precisamente isso o que constitui a dita práxis sem ciência a que se refere Silva-Sanchez, que repercute, imediatamente, na decisão judicial sem reflexão e na doutrina que apregoa a justificação dos procedimentos apenas pelos seus resultados imediatos.

Na sequência dessa avaliação, o pensamento jurídico se impregna por completo daquela ideologia eficientista, que deixa em plano menor – conscientemente ou não – os mais altos e os mais relevantes objetivos das normas sancionadoras. Disso emerge, naturalmente, a fúria condenadora, castigando com severidade os pequenos delitos e gerando posturas e reações punitivas que somente podem ser explicadas pelo fundado medo de que os ilícitos em geral, as escandalosas improbidades, as reiteradas corrupções e as clássicas impunidades, sempre desencadeiam. Vem, também, nessa mesma onda, o viés moralista que impregna as visões e as avaliações dos atos de improbidade, levando muitos julgadores àquela prefalada conclusão de que infração às regras legais, independentemente dos seus efeitos ou resultados, deve ser punido sob pena de se tornar a repressão inútil e desvaliosa.

Quando a ideologia eficientista se instala nas instâncias julgadoras, o alarde da mídia e o estrépito das revoltas contra as impunidades tomam conta do pensamento dos juízes, que passam a se escudar nas palavras das leis, muito mais do que na realidade dos fatos para formarem e exporem suas convicções condenatórias. Nesse ambiente punitivista, é quase nenhuma a influência da argumentação jurídica, da ponderação e mesmo da justiça, porquanto as decisões devem refletir com fidelidade o estado anímico que domina a sociedade, estado de medo, estado de fúria e, também, estado de revolta.

O estado anímico de medo, fúria e revolta estimula a intensificação da edição de leis cada vez mais drásticas e, também, aguça a vinculação do juiz à lei punitiva, criando o ambiente propício ao encurtamento das garantias subjetivas, em matéria sancionadora, além de incrementar a ideia de tipificação de novas figuras delitivas e aumento das sanções dos ilícitos já tipificados. Não se pode afirmar, porém, que essas ondas punitivistas realmente tragam maior segurança social ou sirvam de fomento à paz. É mais provável que essas ondas carreguem um efeito apenas simbólico, passando à sociedade à impressão que os seus dirigentes atuam com presteza e eficiência em sua defesa.

Ninguém poderá dizer que as prisões longevas, por exemplo, sejam medidas reeducativas ou ressocializadoras, nem que, após o cumprimento de penas ou sanções, as pessoas estejam melhores do que eram ou que não haveria outra forma de sancionar as condutas delitivas que cometeram. Também não se pode ignorar que os egressos do sistema prisional possam encontrar, após a liberdade, meios de manutenção com a obtenção de empregos produtivos. No entanto, os juristas punitivistas recusam-se a admitir que a função das sanções tende a se exaurir em uma espécie de vingança. No plano das sanções dos atos de improbidade, esse viés se concretiza na imposição de penas cumulativas, tomando-se o ato punível como veiculador de grandes resultados desastrosos, exigindo repreensões maximizadas e de longo prazo, como a suspensão dos direitos políticos por vários anos.

A legalidade que se apregoa como parâmetro, modelo ou medida da ação sancionadora parece que não corresponde mais à idealização que suscitou a sua adoção, em tempos passados, embora ainda sirva de escusa ou de biombo intelectual para atitudes de desconsideração dos fatos, em favor do prestígio exclusivo da dicção da regra legal positivada, com descarte da consideração dos efeitos que terá produzido. Essa visão é mais apropriada ao legalismo positivista, porque não se pode fixar no conceito de legalidade a nota de estranhamento aos valores, exclusão dos direitos e aversão à Justiça, na forma de equidade, proporção e razoabilidade. É na gravidade dos efeitos ou resultados das condutas humanas que se acha a relevância do comportamento infrator, isto é, sem esses efeitos ou resultados danosos, e efetivamente graves, não se terá um caso de improbidade administrativa, mas uma conduta ilegal, que não se eleva, porém, ao nível de ato ímprobo.

No julgamento do REsp. 939.118/SP, o Ministro Luiz Fux afirmou, precisamente, essa distinção:

1. O caráter sancionador da Lei 8.429/92 é aplicável aos agentes públicos que, por ação ou omissão, violem os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, lealdade às instituições e notadamente: (a) importem em enriquecimento ilícito (art. 9º); (b) causem prejuízo ao erário público (art. 10); (c) atentem contra os princípios da Administração Pública (art. 11) compreendida nesse tópico a lesão à moralidade administrativa.

2. A má-fé, consoante cediço, é premissa do ato ilegal e improbo e a ilegalidade só adquire o status de improbidade quando a conduta antijurídica fere os princípios constitucionais da Administração Pública coadjuvado pela má-intenção do administrador.

3. A improbidade administrativa está associada à noção de desonestidade, de má-fé do agente público, do que decorre a conclusão de que somente em hipóteses excepcionais, por força de inequívoca disposição legal, é que se admite a sua configuração por ato culposo (artigo 10, da Lei 8.429/92).

4. O elemento subjetivo é essencial à caracterização da improbidade administrativa, sendo certo, ainda, que a tipificação da lesão ao patrimônio público (art. 10, caput, da Lei 8429/92) exige a prova de sua ocorrência, mercê da impossibilidade de condenação ao ressarcimento ao erário de dano hipotético ou presumido. (REsp. 939.118/SP, DJe 01.03.2011).

A doutrina de Mauro Roberto Gomes de Mattos segue nessa mesma trilha. Para ele:

Qualquer irregularidade na função pública, mesmo que cause prejuízo ao erário, para se encaixar nos termos da presente lei deverá possuir a inseparável presença da desonestidade do agente público, do contrário não será um ato ímprobo. (...) A boa-fé e a falta de prejuízo ao erário (Administração Pública) retiram do órgão do Ministério Público a legitimidade “ad causam” para processar o administrador inábil ou desastrado. Portanto, não havendo desonestidade por parte do administrador, mas mero equívoco, sem que ocorram o dolo e o prejuízo para o Poder Público, não há que falar em improbidade administrativa. (2010, p. 347).

Em monografia, Maria Dometila Lima de Carvalho observa, com inteira pertinência, que o princípio da legalidade não se confunde com a técnica do legalismo, que se esforça por reduzi-lo à simples leitura da regra escrita, inclusive porque não é sempre que a lei expressa a justiça:

(...) o princípio da legalidade põe ênfase justamente na lei, como decisão do povo. Todavia, a sua redução a mero formalismo provocou-lhe sérios desgastes. Por isso, afirmado sob a perspectiva da validade – dever ser – passou a ser questionado sob a perspectiva da eficácia: a lei nem sempre expressa a justiça. O desgaste, como não poderia deixar de acontecer, surgiu, também, na operacionalização do princípio no Direito Penal, onde, aliás, o apego à legalidade e seus corolários é mais sentido. (1992, p. 54).

E a jurista pede a atenção dos estudiosos, sobretudo os da área sancionadora, para o vácuo de legitimidade das sanções, anotando que:

(...) pretendendo fundar e reforçar a ideia de ocorrência jurídica, o princípio perde muito do seu sentido de justiça, quando da sua concreção. Isso porque a produção de leis – enquanto o Poder Legislativo puder

emprestar a elas o conteúdo que quiser – opera-se em sentido formal e não material. Trazendo isto para o âmbito do nosso estudo, teríamos que o princípio proporciona a realização de uma justiça formal, na medida em que a punição pressupõe, previamente, a norma e a sanção, mas não impede o escamoteamento da justiça social que a Constituição apregoa, na medida em que não obriga, ou não pressupõe, uma delimitação de tipos penais acordes com os valores constitucionais que devem ser concretizados. (op. cit., p. 56).

Para se evitar a armadilha do legalismo, impõe-se que a apuração dos efeitos lesivos ou ofensivos, necessariamente decorrentes da conduta do agente, guarde estrita relação com a definição do bem juridicamente protegido pela norma incriminadora, porquanto é ao resguardo desse mesmo bem jurídico que ela (a norma incriminadora) se dirige. Por conseguinte, a existência do ilícito correlaciona-se diretamente com a norma incriminadora, do mesmo modo que se correlaciona com o bem jurídico e, ainda, com os resultados lesivos e graves oriundos da conduta do agente. Esse raciocínio leva a que o julgador valorize a proteção do bem jurídico, o qual não resta automaticamente ofendido com a só infração à regra legal proibitiva, exigindo-se que tal infração produza efeitos ou resultados relevantemente danosos.

Pode-se afirmar que somente se consuma o ato ilícito ou infracional quando a conduta do agente ofende ou lesiona, gravemente, um bem juridicamente protegido, causando-lhe agravo ou prejuízo relevante, primeiro no plano normativo e, depois, no plano empírico. Sem essa dúplici verificação, não se pode afirmar que se está diante de um ato de improbidade, embora se possa dizer que se está diante de um ato ilegal. Os atos ilegais devem ser combatidos e, obviamente, sancionados os seus agentes, mas não com as sanções que o sistema jurídico reserva para os atos ímprobos e gravemente lesivos.

À procura do conceito de bem jurídico tutelado

É muito comum que os juristas se refiram ao conceito de bem jurídico tutelado para justificar a adoção de certa premissa sancionadora ou exacerbar a aplicação de certa pena. A expressão bem jurídico tutelado é, efetivamente, carregada de pesado significado político, representando uma pauta essencial ou um interesse estratégico estabelecido ou fixado pela instância normatizadora. Nesse sentido, na ideologia legalista, o conceito de bem jurídico tutelado será aquele que o legislador assim definiu, não vindo ao caso questionar se tal definição corresponde – ou não – ao interesse ou ao sentimento geral.

De acordo com essa concepção, o legislador tem carta branca para definir o que seja bem jurídico tutelado, aceitando-se que, a partir da lei definidora, não haverá mais

espaço para discussões ou dúvidas, ou essas discussões ou dúvidas serão dissertações acadêmicas que não produzem efeitos consistentes ou válidos, na compreensão da realidade. Esta é a postura intelectual que submete a percepção da justiça às leis escritas e à discricção do legislador, que poderia, assim, estabelecer a pauta que bem quisesse e entendesse.

Mas, não raras vezes, o conceito de bem jurídico tutelado é fornecido pela interpretação jurídica dos escritores e doutrinadores ou pela decisão dos julgadores e, então, passa a fazer parte da linguagem corrente, sem maiores preocupações com o seu conteúdo. Esta é a atitude que mais se encontra, dada a facilidade com que as lições dos doutores e as decisões dos julgadores, sobretudo dos Tribunais Superiores, ganham reproduções e repetições nos trabalhos jurídicos subsequentes, de sorte que, depois de algum tempo, aquele conceito se consolida como coisa praticamente indiscutível.

No entanto, as instâncias normatizadora e julgadora são, na verdade, componentes ou partes de um sistema social formado por estruturas muito mais amplas e complexas, nas quais aquelas instâncias atuam como elementos reconformadores e propulsores dos eixos centrais ou das pautas ditas essenciais do pacto social. Pierpaolo Cruz Bottini faz observação nesse sentido, frisando que:

o modelo de organização social, estruturado sobre um sistema de produção econômica e sobre valores culturais e políticos, estabelece os mecanismos de exercício de poder com o objetivo de manter sua funcionalidade. Os instrumentos de controle social, desenvolvidos em diversas esferas do relacionamento público e privado, refletem a estrutura mencionada e são aplicados teleologicamente, com escopo de conferir estabilidade aos valores eleitos como ratio essendi daquela organização. O Direito Penal e seus institutos caracterizam-se como mecanismos de controle social e, por isso, recebem os valores e cumprem os objetivos do modelo social em que se inserem, ainda que constituam um sistema estruturado e autônomo em relação a outros sistemas de regulação. (2013, p. 21/22).

Quando esses valores eleitos são substancialmente identificados com os interesses juridicamente protegidos, cuja seleção e tipificação merecedoras da tutela sancionatória ficam entregues à livre deliberação do legislador, abre-se a estrada para as arbitrariedades normativas, em despreço à missão do Direito Sancionador. Segundo essa mesma visão, os órgãos de aplicação das leis arbitrárias devem deixar à margem de qualquer avaliação crítica os objetivos garantísticos das tutelas sancionadoras e também as cogitações a respeito dos valores do humanismo.

Essa matriz metodológica repousa as suas bases na pressuposição de que a sociedade funciona sob alguma uniformidade, que o Direito Sancionador é aplicado de forma igualitária. Mas, como a sociedade é dividida em classes antagônicas, as tensões

decorrentes dos ilícitos podem chegar ao nível de disputas ideológicas severas. Nilo Batista põe em ressaltado o artificialismo dessa forma de pensar, dizendo que:

mais do que em qualquer outra passagem, a ideologia transforma aqui fins particulares em fins universais, encobre as tarefas que o Direito Penal desempenha para a classe dominante, travestindo-as de um interesse social geral, e empreende a mais essencial inversão, ao colocar o homem na linha de frente da lei, e não a lei existindo para o homem. (2013, p. 109).

Na opinião desse doutrinador,

definitivamente é inegável que numa sociedade dividida, o bem jurídico, que opera nos limites entre a política criminal e o Direito Penal, tem caráter de classe. Tal constatação permite o aproveitamento crítico do conceito de bem jurídico, no amplo espectro das funções que lhe corresponde. Podemos, assim, ao ouvirmos dizer que a missão do Direito Penal é a proteção de bens jurídicos através da cominação, aplicação e execução da pena, retrucar que, numa sociedade dividida em classes, o Direito Penal estará protegendo relações sociais – ou interesses, ou estado gerais, ou valores – escolhidos pela classe dominante, ainda que aparentem certa universalidade, e contribuindo para a reprodução daquelas relações. (...). Efeitos sociais não declarados da pena – estigmatização, controle do exército industrial de reserva, criação de bodes expiatórios, retroalimentação de autoritarismos, etc. – também configuram, nessas sociedades, uma espécie de missão secreta do Direito Penal. (op. cit., p. 113).

A sociedade organizada pelas leis escritas, quaisquer que sejam os seus conteúdos, cuida logo de estabelecer instituições e institutos jurídicos para defender a supremacia dos textos legais, independentemente dos seus conteúdos. E essa técnica será a fonte teórica que irá alimentar a posterior evolução dos institutos jurídicos sancionadores, atrelada apenas às dicções das normas. É nesse ambiente que emerge e triunfa o culto à lei, ou, na visão de Nelson Saldanha (1933-2015):

(...) culto à lei em abstrato, à lei como tal, à legislação como expressadora de direito: distintamente do caráter de tal lei, de cada lei ou do passar das leis. A lei permite que alguém obedeça a alguém, porque nasce de competências previstas e de mandatos voluntários que legitimam a normação; encontramos, portanto, uma ideologia da lei. (1977, p. 52).

No domínio do Direito Sancionador, essa visão legalista constituirá a base e o fundamento de quaisquer ações punitivas dos infratores do contrato social, concepção rigorosa e monística, que não destina apreciações sobre as circunstâncias ou os elementos subjetivos das infrações e dos seus agentes. Claro que, nesse ambiente, as atenções com os valores extralegais e com outras exigências axiológicas, entre as quais a definição de bem jurídico tutelado.

A definição de bem jurídico protegido diz respeito, em primeiro lugar, à relação subjetiva de disponibilidade que em relação a ele o indivíduo possa ter ou exercer. Quando essa disponibilidade é zero, diz-se que o bem é juridicamente tutelado por uma

disposição de Direito Público, uma regra penal, por exemplo, ou outra regra jus-sancionadora, o que se revela por meio da tipificação penal ou extra-penal de quaisquer atos ou condutas que o possam eventualmente vulnerar, ofender ou afetar.

O bem juridicamente protegido é, portanto, uma relação de direito tornada indisponível ao indivíduo e posta sob a proteção tutelar estatal, que se vale da técnica de tipificar como ilícitas e puníveis quaisquer atos ou condutas que tentem vulnerá-la, agredi-la ou ofendê-la ou a vulnerem, agridam ou ofendam.

Mas – e isso deve ser assinalado – não são quaisquer relações de direito que podem ser legitimamente postas nesse patamar de proteção jurídica. Somente aquelas relações que se referem a valores efetivamente relevantes, do ponto de vista do assentimento social ou coletivo, é que devem integrar essa categoria de bens. Assim, não será a mera inclusão no texto de uma lei que dará àquela determinada relação jurídica o nível de bem juridicamente tutelado.

No entanto, em um sistema jurídico e judicial que hipervaloriza as dicções das leis escritas, a figuração de certa relação jurídica entre as figuras típicas parece bastar para ser identificada como bem juridicamente protegido. O equívoco dessa conclusão é manifesto, porque – como dito – essa condição é anterior à lei e, na verdade, nem mesmo depende dela.

Existe a tendência – ou talvez a orientação – que as figuras típicas de crimes e de atos de improbidade revestem bens juridicamente protegidos e, graças a essa condição pressuposta, não seria admissível qualquer flexibilização quanto à aplicação de sanções aos agentes de condutas ou atos que as vulnerassem. Essa tendência ou orientação pode levar à exclusão da bagatela, por exemplo, da análise da sua ofensividade, o que cria, artificialmente, uma quebra da isonomia.

Em uma ordem jurídica democrática, o juízo de reprovação de um ato ou de uma conduta deve ser identificado na sua repulsa social e não somente pela sua proscricção normativa. Quem se atreveria a dizer, por exemplo, que a sociedade sente repulsa pela atividade dos sacoleiros do Paraguai, que trazem, clandestinamente, mercadorias para serem vendidas de porta em porta ou às escondidas, no Brasil?

Isso quer dizer que, ainda que uma conduta seja claramente infratora da lei escrita, essa condição se presta, sozinha, para identificá-la como infringente de um bem juridicamente protegido, se a norma tida por desrespeitada não cobrir uma relação de direito cujo valor social tenha geral acolhimento. Será sempre preciso que a relação de

direito questionada tenha esse respaldo social, pois, do contrário, a definição do bem jurídico resultará apenas da lei, correndo o risco de ser uma definição autoritária.

Dessa forma, somente os resultados lesivos que tenham relevância jurídica poderão ser objeto de atenção do poder estatal sancionador, relevância essa que não se confunde com critérios de moralidade abstrata, por mais veementes que sejam as suas reivindicações. Exatamente por isso, o critério judicial de identificação do bem juridicamente protegido é tópico, singular ou restrito à análise do caso concreto. Não seria uma orientação feliz aquela que tendesse a pré-classificar os bens relevantes, porque se trata de avaliação que deve ser conduzida, caso a caso, pela prudência e sensibilidade do juiz.

Miguel Reale Júnior ensina – referindo-se ao Direito Penal – que:

(...) só se deve reputar como resultado relevante o efeito natural que faz parte do tipo penal, como é exemplo a violação à integridade física no crime de lesão corporal. (2009, p. 244).

Isso quer dizer que, se da conduta perpetrada pelo agente não resultar algum efeito naturalístico ou empírico expressivo, não se tratará de infração sancionável penalmente ou a título de crime, embora outra sanção – não penal – possa ser imposta ao infrator. Transpondo-se esse raciocínio para o âmbito dos ilícitos administrativos – a improbidade, por exemplo – é correto afirmar que somente serão ímprobos aquelas condutas do servidor que produzam resultados lesivos de monta ou danos significativos.

O conceito de bem jurídico tutelado ou de bem juridicamente protegido é rigorosamente nuclear nas regras de Direito Sancionador. Mas esse conceito não se confunde, no entanto, com a figura dos ilícitos, como se a tipificação identificasse aquele bem, apesar de muitos juristas e julgadores agirem, na prática, como se assim pensassem. Em outros termos, a ofensa à lei sancionadora ou à regra proibitiva ou, ainda, a realização de um tipo penal determinado (crime) ou de um ato de improbidade, não significa, por si só, a ocorrência de ofensa ao bem jurídico tutelado.

A doutrina sancionadora não dá muita atenção ao problema do bem jurídico, porque acolhe a tendência de identificá-lo com a ofensa à regra proibitiva. Como anota Antônio de Padova Marchi Júnior, assinalando que a tipificação infracional não é o elemento de definição ou de fixação do conceito de bem jurídico:

(...) o centro da noção de bem jurídico passou a ser relacionado com a pessoa que vive em sociedade, com seu desenvolvimento dentro desta e seu modo de comunicar-se com terceiros, num contexto geral de ordem e segurança garantido pelas normas. (2016, p. 97).

Por outro lado, são também numerosos os autores que argumentam ser insuficiente a ocorrência da infração à regra proibitiva, ou a realização do tipo infracional, para esgotar toda a complexidade do ilícito ou definir a ofensa ao bem jurídico. Na verdade, a ofensa ao bem jurídico é muito maior do que a ofensa à regra proibitiva, embora esta (a ofensa à regra proibitiva) seja um indício da ofensa ao bem jurídico.

Um exemplo ilustrativo dessa situação pode ser encontrado no domínio ambiental: imagine-se que uma pessoa invada com uma construção de pequeno porte uma área contígua reservada à preservação, mas sem causar danos de monta (efeito lesivo) ao meio ambiente. Apontada essa infração, qual será a medida de proteção ambiental que deve ser aplicada ao infrator? A primeira sugestão, baseada na infração da regra sancionadora ambiental, será determinar-se a demolição da pequena construção. Essa sugestão colheria a adesão dos que identificam na infração à regra a agressão ao bem jurídico. No entanto, condenar-se o infrator a reflorestar uma área degradada de grande extensão, não seria uma medida que melhor protegeria o bem jurídico, ou seja, melhor atenderia à preservação do meio ambiente?

Essa argumentação serve para evidenciar que a atenção sancionadora deve se concentrar, preferencialmente, nos resultados da conduta, ou na sua concreção material, e não apenas na identificação da infração à regra proibitiva. Cumprir-se a lei é sempre necessário, mas a infringência à lei deve ser mensurada pelo seu resultado – ou pelo seu provável resultado, como no caso de infração geradora de perigo – de modo que as sanções não se identifiquem com reações ideológicas ou com a simples técnica de proibir a conduta indesejada.

As noções aqui expostas são todas hauridas na doutrina juspenalista, mas são plenamente aplicáveis à atividade sancionadora extrapenal, como aos atos de improbidade administrativa, por exemplo, já que, na sua avaliação – ou na avaliação de seus efeitos e resultados – deve sempre ser buscada a sua extensão ofensiva, tal como se dá nas infrações penais. Por conseguinte, quando esses resultados lesivos ou esses efeitos ofensivos são de baixa ou de nenhuma repercussão, será totalmente cabível, na análise do ato de improbidade, a aplicação do princípio da bagatela, por não se identificar na conduta formalmente típica a chamada tipicidade material.

Em situação assim, a referida conduta individual poderá ser classificada como infracionalmente irrelevante e, portanto, não interessante ao Direito Sancionador, embora possa ser neutralizada mediante a adoção de outras medidas saneadoras, como a

revogação do ato, por exemplo. O que não se deve instituir como regra é a classificação como merecedoras de sanção das condutas que são meras infrações administrativas ou ilegalidades comuns, desprovidas do poder de produzir efeitos materiais relevantes e gravosos.

Esta temática de evidente importância, consonte no tópico subsequente, se refere a um dos mais sensíveis elementos da teoria das ações sancionadoras, a saber, a sua justa causa para a defragração do processo punitivo. Não se deve admitir – embora isso seja muitas vezes negligenciado – a instauração de qualquer repressora sem a devida demonstração de sua justa causa. Não se confunda a justa causa, porém, com a mera infração à regra incriminadora, porque os ilícitos sancionáveis são somente aqueles que produzem resultados nefastos. Também não se pode admitir a instauração de uma ação sancionadora, sem a prévia demonstração de sua justa causa, remetendo-se à instrução a produção desse requisito. E assim é porque qualquer ação punitiva produz, de imediato, gravame moral e jurídico contra a pessoa, o que não é sanado, mesmo em caso de futura absolvição.

Justa Causa

A questão da justa causa é como o tema do tempo: todos sabem em que consiste, até que lhes peçam para justificar. Essa questão (da justa causa) está intimamente ligada ao tema do bem jurídico protegido, bem como à questão da relevância da infração decorrente da conduta do agente, por isso a complexidade de sua análise.

Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, escrevendo sobre a justa causa penal, diz que ela “*é uma questão delicada, porque se refere a um dos mais complexos temas do Direito Processual Penal, por isso que deve ser tratado a partir de um nível de conhecimento desenvolvido*”. Na sua opinião:

(...) o conceito (de justa causa) diz o que o intérprete diz que ele diz. Isso, em definitivo, enterra a neutralidade, por sinal algo alheio ao humano, clivado por natureza; e exacerba, em uma estrutura de sistema processual de núcleo inquisitório, o primado das hipóteses sobre os fatos, onde se produz, mesmo que não se queira, uma lógica deformada. Compreende-se, então, porque se decide antes e, depois, se sai atrás da prova necessária para fundamentar o decidido, num verdadeiro quadro mental paranóico. (...). A grande luta, enfim, é não ceder às imagens e à tentação que provocam, mormente aquela de negar o sistema e, máxime, o de garantias (2004, p. 11/12).

Na verdade, persiste uma grande discussão doutrinária a respeito da natureza jurídica da justa causa (essa discussão tem sede no processo penal),

sustentando alguns que se trata de uma condição autônoma da ação sancionadora, como pensa Afrânio Silva Jardim, e expõe esse ponto de vista, ao assentar que:

(...) para o regular exercício do direito de ação penal, exigem-se a legitimidade das partes, o interesse de agir, a possibilidade jurídica do pedido e a justa causa, esta como suporte probatório mínimo que deve lastrear toda e qualquer acusação penal. São as chamadas condições da ação que, na realidade, não são condições para a existência do direito de agir, mas condições para o seu regular exercício. Por ser abstrato, o direito de ação existirá sempre; sem o preenchimento destas condições mínimas e genéricas, teremos o abuso do direito trazido ao plano processual. As três condições que classicamente se apresentam no processo civil, acrescentamos uma quarta: a justa causa, ou seja, um lastro mínimo de prova que deve fornecer arrimo à acusação, tendo em vista que a simples instauração do processo penal já atinge o chamado status dignitatis do imputado. Tal arrimo de prova nos é fornecido pelo inquérito policial ou pelas peças de informação, que devem acompanhar a acusação penal. (2001, p. 37).

Maria Thereza Rocha de Assis Moura não abona essa diretriz e afirma que:

(...) em sentido estrito, vale dizer, relativamente à persecução penal, reiteramos que ela não se identifica com qualquer das condições da ação, nem é uma condição autônoma. A falta de uma delas conduz à falta de justa causa. Mas a recíproca não é verdadeira. A justa causa é muito mais que uma condição. Não se perca de vista que, na acepção mais estrita, a justa causa guarda, também, íntima relação com a prova, vale dizer, com o mérito, matéria que não pode ser tratada como condição da ação. A justa causa constitui, assim, o conjunto de elementos de Direito e de fato que tornam legítima a coação. Em outras palavras, no Direito brasileiro, a justa causa corresponde ao fundamento da acusação. (2001, p. 49).

Por outro lado, como pondera Napoleão Maia Filho, associando a resolução da questão da justa causa aos ideais do garantismo judicial anti-punitivista, em matéria sancionadora, a justa causa é um mecanismo de impedimento aos frequentes expansionismos punitivistas dos agentes estatais sancionadores, alertando que:

(...) a grande preocupação e, na verdade, pode-se dizer com clareza, a maior preocupação dos juristas iniciadores do garantismo judicial, era a formação de um pensamento jurídico intelectualmente consistente e ativo que criasse e desse corpo doutrinário definido à ideologia apregoadora de certos impedimentos aos inevitáveis expansionismos sancionadores estatais ou aos seus ímpetos simplesmente punitivos. Essa sofisticada e terrível forma de poder, o poder de punir, jamais se despe das suas tradicionais características políticas e, portanto, das suas tradicionais vocações autoritárias, violentas e intensamente discriminatórias. (2017, p. 61).

Para esse autor diz que o expansionismo punitivista é uma espécie de vocação irrefreável dos agentes estatais do poder sancionador e que as garantias processuais, entre elas a justa causa, atuam como freios àquele expansionismo, impondo limites ao poder punitivo do Estado, que se acham, ao que estima, em fase de visível expansão e notável aceitação social.

E adverte esse escritor que:

(...) é preciso deixar bem claro, para não se incidir em possíveis exageros abstracionistas, em ingenuidades imperdoáveis ou otimismo retóricos, que estes, os que advogam a expansão punitivista, acham-se, hoje em dia, em acelerada marcha ascendente e são praticamente majoritários. Para eles, converter indícios, ainda que esparsos e desconexos, em presunções de culpa é uma operação que não provoca dúvidas e muitas vezes nem se dão conta de que apenas servem ao desenvolvimento dos autoritarismos violentos, apesar de capeados por justificações jurídicas muitas vezes verbalizadas com esmero. E também envoltas em razões que se apóiam, quase sempre, sobretudo, na ameaça de alastramento da criminalidade. (op. cit., p. 62).

Pode-se, por conseguinte, entender a justa causa como um conjunto de dados elementares de natureza jurídica e material, colhidos, organizados e relacionados, que têm a aptidão de produzir, no espírito do julgador, quando aprecia o pedido de instauração de qualquer processo sancionador, a convicção de que há, na narrativa do promovente da iniciativa, mais razões para crer do que para desacreditar que efetivamente ocorreu um ilícito punível e que o imputado (acionado) é o seu provável autor.

Aceitando-se esse entendimento, impõe-se reconhecer que a justa causa não se confunde com qualquer das condições da ação (legitimidade, interesse e possibilidade jurídica), do mesmo modo que não constitui uma quarta condição do exercício do direito de ação. A compreensão ora exposta leva à admissão que a justa causa é, igualmente, uma questão de mérito.

Em um sentido mais geral, a justa causa é o elemento legitimador de qualquer iniciativa sancionadora e, sem ele, a proposição poderá se converter em manifestação que denote arbitrariedade, coisa a que o Direito não dá abono. A dedução de qualquer iniciativa judicial sempre exigirá do seu autor esmerado cuidado, de modo que a pretensão exponha, com completude, o fato que se atribui ao imputado e a exibição de indícios seguros que apontem, com a necessária seriedade, quem seja o seu autor.

Portanto, não será juridicamente correto afirmar-se que, quando da análise de admissibilidade da ação sancionadora, a apreciação de sua justa causa possa ser aligeirada, apressada ou superficial, remetendo-se para a instrução processual a sua demonstração. No entanto, essa prática, além de atingir diretamente o estado de inocência presumida do imputado, é seguida, sem muitas hesitações, por numerosos julgadores, que geralmente se acostam à questionável alegação “in dubio pro societate”, para justificar o não exame – ou o exame rapidíssimo e raso – da justa causa da ação sancionadora.

Observe-se, no entanto, que, apesar de enunciada na língua latina, a locução “*in dubio pro societate*” não pode ser detectada nas fontes jurídicas romanas. Essa orientação sacrificadora do estado de inocência presumida, pelo contrário, é rejeitada naquelas aludidas fontes, onde se encontra o seu oposto, *in dubio pro reo*, revelando, com antecipação admirável, a tendência que depois viria a ser o apanágio da liberdade das pessoas acusadas.

O que deve o julgador ter em mente, ao examinar o pedido de instauração de uma ação sancionadora, seja penal ou de improbidade, é que, uma vez proposta e aceita essa iniciativa, de logo se refletem no conceito social da pessoa acionada, na sua família e na sua psiquê, os desgastes emocionais decorrentes da própria promoção, destruições essas, ainda que malogre aquela promoção e o acionado venha a ser, ao final, absolvido, jamais podem ser reparados a contento. Por isso a aceitação da ação sancionadora deve ser sempre lastreada em justa causa inequívoca.

Na sequência desse entendimento, pode-se afirmar que o julgador, ao examinar o pedido inicial da Ação de Improbidade Administrativa, deverá verificar a natureza e a extensão do dano causado, alegadamente oriundo do ato indicado como ilícito, no enunciado normativo. O resultado dessa avaliação é essencial para configurar a própria existência do ato apontado como ímprobo, isto é, sem essa demonstração, não será admissível formar-se o juízo de reprovabilidade ou antijuridicidade da conduta, para situá-la – se for o caso – no domínio da Lei 8.429/92.

Se a petição inicial da ação sancionadora não contiver todos os elementos que permitam ao julgador avaliar, com segurança, a viabilidade jurídica e processual daquela iniciativa, deverá, prontamente, rejeitá-la, sem nenhuma hesitação. Essa demonstração se conecta com a exigência da legitimidade subjetiva da acusação, quanto ao acionado, e isso importa dizer que não bastará que se descreva, na peça inicial acusatória, o fato típico em abstrato, ou mesmo o fato típico real e concretamente ocorrido, exigindo-se que se evidencie, no nível das coisas prováveis ou plausíveis, e não somente no nível das coisas possíveis, a conexão entre o fato descrito (materialidade) e o indivíduo denunciado como sendo o seu autor.

Essa orientação é bastante antiga em matéria penal e pode – e deve – ser aplicada à ação de improbidade administrativa, cuja petição inicial tem a mesma função processual da denúncia criminal, qual seja, a de pôr em movimento o aparato estatal judicial sancionador. O fato de que anda meio esquecida não deve servir de motivo para se deixar de valorizar essa orientação. Sem ela, a atividade de acusar descamba para o

nível das coisas irracionais, voluntaristas ou despóticas, sempre em detrimento dos direitos subjetivos dos imputados.

Convém anotar que a Lei 8.429/92, a exemplo do que já acontece com a denúncia criminal, impõe a prévia ouvida do imputado, antes do recebimento da peça inicial pelo juiz.

A função dessa prévia ouvida é ensejar que o julgador disponha da contraversão da parte acusada, antes de acolher a imputação. Isso significa que a doutrina do Direito Sancionador se esmera em propiciar a proteção subjetiva do imputado. E significa, também, uma medida de precaução contra a promoção de lides temerárias. Não satisfaz a exigência da justa causa a descrição abstrata do fato punível, por grave que seja, nem o emprego de termos retumbantes contra o imputado.

É essencial que a imputação estabeleça a conexão do fato punível com a atuação da pessoa acusada. No entanto, vê-se muitas vezes que os agentes estatais sancionadores alardeiam infrações e verberam veementemente contra a impunidade, mas não demonstram que o sujeito apontado como o seu autor efetivamente agiu voluntariamente para praticá-los. E, também amiúde, deixam de demonstrar a relevância dos resultados ou efeito da ação.

Portanto, pode-se afirmar, como corolário das garantias individuais, que, se faltar, na peça inicial da imputação do ilícito, a completa demonstração, ainda que em termos indiciários, conexão entre a materialidade do delito e a sua provável (ou plausível) autoria, ocorrerá o fenômeno processual da ilegitimidade subjetiva passiva, como ensina Ada Pellegrini Grinover (1933-2017), *“por não ser o réu o titular da relação jurídica litigiosa de direito material”* (1997, p. 64).

Esta lição da processualista é de ser seguida sem dúvida alguma, mas, também, se há de anotar que a não demonstração de conexão entre os fatos e a sua autoria (falta de justa causa) importa, igualmente, em ausência de interesse de agir mediante a ação sancionadora, como ela aponta, pondo em destaque esta diretriz que é seguida pelos mais excelentes doutrinadores do Direito Sancionador.

Deve-se pôr no maior destaque a necessária imbricação entre a relevância da infração, a ofensa ao bem jurídico tutelado pela regra incriminadora e pela justa causa para a ação. Essa trilogia não pode ser minimizada na sua importância, sob pena de ser aceitar a banalização das ações punitivas, como se elas fossem enquadráveis em procedimentos meramente administrativos, incapazes de acarretar danos morais e

sociais aos indivíduos, pela sua só deflagração judicial. Abordarei este assunto no item que se segue.

Entre a infração relevante, o bem jurídico e a justa causa

O conceito operacional ou processual de infração relevante, bem jurídico protegido e justa causa frequenta as reflexões sobre a aplicação das regras do Direito Sancionador com uma assiduidade sempre inquietante. Talvez se possa dizer, sem exagero, que esses três elementos constituem, hoje em dia, o assunto preferencial do pensamento teórico sancionador contemporâneo, isso porque a sociedade do medo, que se instalou no lugar da sociedade dos direitos, exige o tempo todo que a atuação repressiva seja pronta e eficaz, apesar de a reclamação de direitos seguir sendo ouvida, com voz cada vez mais alta.

Por essa razão, se for levada em conta, ainda, a reivindicação dos direitos humanos e fundamentais, chega-se facilmente à afirmação que se impõe, sem dúvida, a tarefa de meditar sobre esses conceitos. A fixação dos seus sentidos tornou-se, hoje em dia, algo tão importante quanto à compreensão de outros institutos do Direito Sancionador, como a noção de justo processo jurídico e a da presunção de inocência.

Somente a infração relevante interessa ao Direito Sancionador. Mas como deverá ser medida a relevância da infração sancionável? Essa relevância deve ser medida pela própria conduta subjetiva do agente que o produziu ou pelo seu resultado? Parece mais acertado dizer que a relevância da infração deve ser estimada com base no seu resultado, ou seja, a partir de sua mensuração objetiva. Se assim não for, ter-se-á de dizer que, pelo menos no plano lógico, todas as infrações serão igualmente relevantes, porque todas elas, afinal de contas, se originam de uma conduta infringente de uma regra legal. Quanto a esse ponto específico, parece não se registrar dissenso entre os juristas que analisam as origens das condutas sancionáveis.

Ao lado dessa conclusão, de si mesma surpreendente, também se teria de afirmar que todas as infrações mereceriam a mesma repulsa, já que todas elas seriam igualmente relevantes, pois o fato de serem frutos da infração à regra proibitiva estabilizaria a sua igualdade. Sob essa visão, portanto, a magnitude dos resultados gerados pelas condutas infratoras seria um elemento desinfluyente na avaliação da respectiva repulsa, ou um dado não decisivo nessa mesma avaliação. Em outras palavras, a infringência da regra de proibição – não importando o seu resultado – sempre daria suporte à sanção.

Levando-se mais além esse raciocínio, se imporá concluir, também, que as sanções aos infratores, pela prática dos ilícitos, poderiam (ou deveriam) ser idênticas, já que as suas condutas não se distinguiriam pelos correspondentes resultados e, por outro lado, até se identificariam na circunstância de serem oriundas de infração à lei sancionadora, como analisado.

Esta exposição deságua, necessariamente, na conclusão de que a relevância de uma infração só poderá estar no seu resultado, e não na conduta do agente ou na desobediência à regra proibitiva. Aliás, se assim não fosse, a dosimetria das sanções, um dos elementos centrais e um dos pilares do Direito Sancionador moderno, não teria como ser aplicada, porque todos os ilícitos seriam iguais, os resultados das infrações seriam uniformizáveis e as sanções seriam idênticas. Não se mostra razoável negar que a relevância da infração está essencialmente conectada aos resultados por ela produzidos.

Na verdade, a doutrina jurídica sancionadora não abona a assertiva de que a relevância da infração não esteja localizada no seu resultado. Mariângela Gama de Magalhães Gomes, em monografia importante, sustenta que a proporcionalidade entre o resultado da conduta e a sanção penal imbrica-se com a liberdade das pessoas, porquanto, afirma esta jurista:

(...) a concepção substancial que é conferida ao Estado Democrático de Direito, expresso na Constituição brasileira, implica que a sua política criminal, que tem como fundamento a liberdade e a dignidade humana, não pode desconsiderá-las a ponto de converter as pessoas em meros instrumentos ou sujeitos de tutela. O ponto de partida é, pois, a relação livre destas com o sistema, sendo este composto por um Estado serviço do indivíduo e voltado para a sua felicidade, e a pessoa reconhecida como ente autônomo e sujeito de direitos e garantias. Pode-se dizer, com misto, que o programa político criminal deve estar dirigido a propiciar o máximo de liberdade para os indivíduos. (2003, p. 73).

Nesse caso, o bem jurídico é a liberdade pessoal. Todas as medidas que, de algum modo, ameacem ou ofendam esse bem (valor) podem ser consideradas agressivas e, portanto, devem ser objeto de restrição e combate, ou seja, podem pôr em movimento o mecanismo que tutela aquele valor ou aquele bem.

No Direito Sancionador, as medidas de proteção do bem jurídico se legitimam pela eficiência em resguardá-lo, por isso não há a preocupação em listá-las previamente, porque a sua adequação é indicada pela situação concreta. É natural que alguns bens jurídicos se acham elencados em textos escritos, mas se deve sublinhar que nem todos os bens jurídicos são objeto de prévia definição.

A questão da verificação da relevância dos efeitos das condutas ilícitas – ou seja, a sua verificação material, para além da tipicidade normativa – é particularmente grave nas sociedades em que as desigualdades entre as suas classes componentes são agudas e severas, bem como as estruturas do poder estatal são empenhadas em manter essas desigualdades.

A síntese dos raciocínios desenvolvidos até aqui aponta para a conveniência de se criar, na doutrina do Direito Sancionador, as condições de sua operacionalidade dentro do modo de vida democrático. Fora desse ambiente, a evolução das práticas e técnicas repressivas poderá se afastar dos controles que lhes são tradicionais. Cumprir lembrar que a humanidade e a civilização passaram por demorados estágios e tremendos sacrifícios de vidas, bem como, se empenharam em sangrentos conflitos para alcançar o atual nível civilizatório e cultural. Se for abandonado o paradigma ético da atuação repressora, se estará, no mesmo gesto, autorizando ou incentivando o autêntico retrocesso. Não é sensato esperar que os agentes estatais repressores adotem, por própria iniciativa, condutas moderadas, regradas, prudentes e humanas. O mais comum é que exorbitem de suas atribuições naturais e se permitam práticas abusivas e agressoras dos direitos individuais.

A preocupação dos juristas, doutrinadores e julgadores deve ser hiperfocada na preservação e expansão das garantias jurídicas subjetivas, de modo que as medidas repressivas, quando se impuserem aos indivíduos, sejam adotadas com a observância dos direitos das pessoas. Não deve bastar à repressão estatal a apuração de ilícitos, porquanto, o próprio procedimento apuratório de tais infrações, como a produção de suas provas, há que seguir o respeito aos direitos, às liberdades e às garantias. Se assim não for se estará abrindo permissão para o poder estatal repressor se tornar, ele mesmo, o infrator ou um praticante de arbitrariedades, conduzindo-o à perda progressiva de sua legitimidade. Já tem mais de quinhentos anos o pensamento de que *os fins tornam todos os meios legítimos à sua obtenção*.

Nessa linha de pensar evolutiva, tem lugar assegurado a preocupação em isolar as sanções da Lei de Improbidade Administrativa das outras sanções que se diregem à repressão de ilicitudes comuns. Uma infração que não produz resultados lesivos de monta não poderá ser equiparada a uma outra que gera tais efeitos. É aqui que se aplica o princípio da insignificância infracional ou da bagatela, sem significar, porém, que as infrações de baixíssimo potencial ofensivo não devam ser sancionadas. O que se propõe as suas sanções não sejam as mesmas aplicáveis aos atos ímprobos.

E por tudo que já foi exposto até aqui, cabe propor a reflexão plausível de importar os institutos basilares do processo penal contemporâneo – como os conceitos de bem jurídico, justa causa, problema essência, ofensividade, lesividade e dano – para o domínio processual da ação por ato de improbidade administrativa. Nesse movimento, por enquanto tímido, conforme a tabela de julgados indicada no capítulo X deste trabalho, se incorporaria, também, o emblemático princípio da bagatela, a cujo estudo dedica-se este trabalho. A sua adoção somente trará resultados favoráveis: o poder sancionador estatal reforçará a sua legitimidade operacional, com o respeito aos padrões democráticos do Direito Sancionador, e as pessoas processadas por improbidade administrativa terão respeitadas as condições de sua integridade, de sua moralidade e de seu conceito.

CONCLUSÃO

O foco da presente pesquisa metodológica está conectado em demonstrar que todos os institutos do Direito Processual Penal contemporâneo, que representam a evolução constante pela qual passa o controle do poder estatal punitivo, no sentido de fortalecer as garantias subjetivas, podem ser aplicados à ação de improbidade administrativa, regulada pela Lei 8.429/92. O ponto de apoio dessa assertiva é coincidente com a constatação de que a atividade repressora, em todos os seus aspectos, se rege pelos princípios jurídicos e regras positivas do Direito Sancionador, não havendo explicação razoável, e nem lógica, para se excluir desse universo normativo a ação de improbidade administrativa.

A atenção mais concentrada nesta dissertação é sobre a aplicação da teoria da bagatela ou da insignificância no domínio administrativo e judicial da Lei 8.429/92, sobretudo porque se encontra, disseminada nas instâncias julgadoras de atos de improbidade, quer administrativas, quer judiciais, a ideia de que tal aplicação é indevida, descabida ou não prevista em lei.

Essa última razão desconsidera que o sistema jurídico não é composto apenas de regras, mas, também, de princípios, como já demonstrado, doutrinariamente, por Robert Alexy (2011, Cap. 3). Por conseguinte, surge como desinfluyente ou desimportante o

detalhe de a Lei 8.429/92 realmente não trazer previsão de incidência do princípio bagatela entre os seus dispositivos.

Não se deve esquecer que, no âmbito penal, o princípio da bagatela igualmente não é explícito e, com certeza, não se encontrará jurista penalista que se disponha a negá-lo. Essa circunstância é particularmente relevante e atua como indicativo seguro de que a insignificância da infração, seja ela penal ou administrativa, tem de ser considerada com a máxima atenção. E essa relevância há de se fazer sentida, tanto na apuração administrativa de ilícitos – quando a Administração procede de acordo com os conceitos operacionais do justo processo jurídico –, como no julgamento judicial das ações relativas àquelas infrações. Portanto, devem as comissões processantes administrativas internas, bem como os julgadores judiciais dos atos de improbidade se valerem daqueles preceitos jurídicos, próprios do Direito Processual Penal contemporâneo, recusando sancionar os agentes de ilegalidades, quando estas – pela sua insignificância – não vulnerarem diretamente bem jurídico relevante.

É claro que o art. 11 da Lei 8.429/92 parece sugerir a impossibilidade de aplicação da bagatela nas ações em que se busca sancionar quem o tenha infringido, isto é, praticado ato ilegal que ofenda os princípios basilares da Administração Pública. No entanto, essa sugestão é apenas aparente, porque em todos os casos de improbidade haverá ofensa àqueles princípios, ou seja, também nos casos dos arts. 9º e 10 da referida Lei se tem, indiscutivelmente, hipóteses de atos ilegais. Nesse sentido, pode-se dizer que o art. 11 da Lei 8.429/92 é, de algum modo, desnecessário, porquanto é uma obviedade que os outros dois artigos que tipificam ilicitudes ímprobos também veiculam ofensa aos aludidos princípios da Administração Pública.

É provável que o art. 11 da Lei 8.429/92 tenha tido a intenção de sancionar as condutas ilegais que não causam dano ao erário ou enriquecimento ilícito. Se foi essa intenção, tudo indica que estabeleceu pouco. Na verdade, a ideia de que poderia haver improbidade sem prejuízo ou dano e sem enriquecimento ilícito é, para dizer o mínimo, uma avaliação grotesca, pois se estaria sancionando uma conduta infracionalmente neutra, apenas ilegal, passível de sanção com reprimendas diversas daquelas reservadas aos atos ímprobos. A distinção entre o ilegal e o ímprobo já foi feita pelo Ministro Luiz Fux (STJ, REsp. 939.118/SP, DJe 01.03.2011) e pelo Ministro Teori Zavascki (STJ, AIA 30/AM, Corte Especial, DJe 28.09.2011), mas as lições desses dois juristas parece que não encontraram, ainda, plena acolhida entre os operantes do Direito Sancionador.

De qualquer modo, a jurisprudência do STJ construiu a teoria de que, nos casos do art. 11 da Lei 8.429/92, o ilícito ímprobo só se concretiza quando a conduta do agente vem timbrada com a nota dolosa. Isso quer dizer, precisamente, que não é qualquer ilegalidade que se eleva ao nível de improbidade, salvo quando, também, produz dano ao erário ou enriquecimento ilícito. É bem verdade que se está desenhando na jurisprudência a tentativa de contornar a exigência do dolo, nos atos ilegais do art. 11 da Lei 8.429/92, com duas criações punitivistas: (a) a adoção do impreciso e esfumado dolo genérico e (b) a implantação do dano presumido. Ambas as criações caminham na contramão do Direito Sancionador, que desde muito tempo não dispensa que a acusação de qualquer ilícito prove todos os elementos da conduta infratora, bem como desabona a sugestão de presumir-se algo que seja integrante do próprio tipo infracional. Quanto a esse ponto, caberia recordar que o poder estatal sancionador não trabalha com hipóteses ou alvitres, mas somente com fatos.

Tudo isso se compagina na noção de que buscar-se a relevância do dano ou do enriquecimento ilícito deverá ser a preocupação central dos agentes estatais incumbidos de efetivar as sanções de qualquer tipo e, particularmente, as sanções da Lei 8.429/92. É nesse cenário que avulta a importância de julgadores administrativos ou judiciais não apenas atentos, mas também comprometidos, com as premissas do Direito Sancionador. Sem isso, como já foi dito por Juarez Tavares, o direito punitivo poderá se converter na simples técnica de efetivação de pautas moralistas. Esse mesmo pensamento já foi expresso por Jesús-Maria Silva Sánchez, mostrando que o Direito Sancionador tem uma função peculiar e específica no sistema jurídico, que não se cumpre a não ser com a observação dos detalhes de cada caso, evitando-se medir todos os ilícitos com a mesma régua e punindo com o mesmo rigor atos infracionais portadores de diferentes lesões (2011).

A recomendação de que as sanções devem ser proporcionais à gravidade das infrações cometidas pelos seus agentes remonta ao Marquês de Beccaria (1997, p. 39), como se sabe, bem como se associa à garantia da individualização da pena, de sorte que o agente cometedor de ofensa relevante sofra pena mais severa, o que comete ilícito de baixa ofensividade sofra pena mais leve e o que comete ilegalidade que não produz efeitos danosos sobre o bem juridicamente protegido não seja apenado com sanção alguma e a sua conduta possa mesmo ser tida como atípica, ou sofra punição leve, como a suspensão, advertência ou multa.

No entanto, a efetivação desse quadro garantístico depende, obviamente, da disposição dos julgadores para implantá-lo. De acordo com o jurista italiano Mauro Cappelletti, a realização da justiça depende de mudança – que ele considera dramática – com relação ao papel de quem julga (1988, p. 93). Conforme ele explana, tem sido particularmente difícil a implementação dos novos direitos substantivos das pessoas comuns, dentre os quais os direitos processuais de garantia, de certo modo derivados dos postulados dos direitos humanos e fundamentais. De permeio com esses direitos, acham-se vários princípios cuja primazia nem sempre é devidamente valorizada.

Pode-se concluir que o princípio da insignificância está na categoria dos que demandam atenções especiais dos julgadores administrativos e judiciais. O papel dos julgadores se torna extremamente estratégico na medida em que a suas decisões tendem a se tornar paradigmáticas, sobretudo as que são oriundas dos Tribunais Superiores e isso é um efeito natural da estrutura hierarquizada do Poder Judiciário. Apenas para ilustrar, veja-se, por exemplo, relativamente à bagatela, o teor da Súmula 599 do STJ, instituindo a não aplicação da insignificância nos crimes contra a Administração Pública. Essa diretriz sumular, além de se opor àquela que vinha se formando no STF, também afronta ao princípio da razoabilidade e a recomendação romanística de que o juiz não deve se ocupar de coisas de pequeno valor. Também é certo observar que afronta ao preceito da individualização das penas, porque estabelece uma regra apriorística, que desconsidera a realidade e as motivações dos casos. Ademais, as sanções aos agentes de crimes contra a Administração Pública são, em geral, bastante severas.

O mais preocupante na radicalização de sanções é o efeito demonstração que nela se insere, isto é, a radicalização tem a potencialidade de se tornar modelo, daí porque é esperável que o recrudescimento de crimes e penas no Direito Penal invada os raciocínios dos juízes das ações de improbidade. Afinal de contas, deve-se reconhecer que os atos de improbidade administrativa são, todos eles, infrações cometidas contra a Administração Pública. É por isso que, a revitalização da ideologia dos princípios se faz tarefa urgente para os magistrados que incorporam a função de resguardar os direitos, as liberdades e as garantias das pessoas, antes de se preocuparem com a velocidade das sanções, como queria Joaquim Canuto Mendes de Almeida, há mais de 80 anos (1973, p. 11).

Para ilustrar o pouco apreço e mesmo o descarte do princípio da bagatela, nos julgamentos do STJ, no ano de 2017, em recursos direcionados àquela Corte, cabe

pontuar que, dos 1.153 processos que aportaram no Tribunal, em apenas um se enfrentou a questão da insignificância dos efeitos ou dos resultados do ilícito, tendo o julgador que a suscitou ficado vencido (STJ, REsp. 1.512.654/SP, DJe 27.02.2018).

O pouco valor que se dá ao princípio da insignificância ou da bagatela se inscreve no pensamento punitivista que se expande, continuamente, sob o argumento, que muitos consideram ultrapassado, de prevalência absoluta do interesse público sobre os interesses particulares. Essa teoria, aliás bastante antiga e igualmente resistente, tem as suas raízes lançadas no velho Direito Público, incomportante de ponderação e critérios de razoabilidade. A sua vinculação mais profunda é com o dogmatismo da lei escrita, que deixa de ser a dimensão ética da legalidade, para se tornar o radicalismo legalista.

Com efeito, quando se admite que restrições a direitos humanos e fundamentais possam ser efetivadas por meio de cláusulas gerais ou abertas – como a supremacia do interesse público, a eficácia do dolo genérico, a presunção de dano ou a de culpa, etc. – não se está apenas violando a premissa democrática da reserva legal, mas, de fato, eliminando das relações com o poder estatal a possibilidade de ponderação, equilíbrio, razoabilidade ou equidade e justiça. É uma observação trivial que nem sempre as leis veiculam a justiça da relação jurídica e, muitas vezes e quase sempre, as leis são a fonte de divergências, conflitos e disputas. Por isso, surge como necessidade que não se pode contornar submeter a própria regra legal positivada a exame de razoabilidade, o que significa dizer que o julgador tem a prerrogativa de sobrepor-se ao seu ditame eventualmente injusto. Essa ideia parece revolucionária, mas, no entanto, é encontrável entre os autores que prestigiam os princípios jurídicos, como Ricardo Aziz Cretton, ao afirmar que “os critérios de razoabilidade e proporcionalidade são inerentes à própria lei, a qual somente será válida (constitucional) se razoável, adequada, necessária, congruente e proporcional” (2001, p. 95).

A chamada supremacia do interesse público é um conceito tão elástico e tão acomodatório que serviria para justificar todas as repressões a direitos individuais. Não é possível que se use esse argumento, que é estruturante das ordens jurídicas democráticas, para justificar quaisquer atitudes desviantes do próprio interesse público, facilitar posturas autoritárias e dar suporte a políticas de retrocesso quanto a direitos conquistados no passado. O autoritarismo parece ser uma característica presente nas estruturas estatais, quaisquer que sejam os seus formatos.

Finalizando, Eugênio Raul Zaffaroni diz que dentro da estrutura do Estado acha-se uma fera acorrentada, mas não inativa e muito menos morta, forcejando o tempo todo para romper as suas amarras, sair da jaula e avançar sobre as pessoas (2000). A função dos juízes que aplicam e interpretam os princípios e as regras do Direito Público é manter a fera na sua corrente. Essa mesma ideia é exposta por Agustín Gordillo, chamando a atenção dos juspublicistas para esse mister (1977, p. 50).

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2011.
- AMORIM JUNIOR, Silvio Roberto de Oliveira. Improbidade Administrativa. Procedimento, Sanções e Aplicação Racional. 2ª edição. Belo Horizonte: Forum, 2018.
- ANDRADE, Manoel da Costa. A Dignidade Penal e a Carência de Tutela Penal como Referências de uma Doutrina Teleológico Racional do Crime. Revista Portuguesa de Ciência Criminal. Coimbra. Vol. 2, 2005, p. 173.
- ASSIS MOURA, Maria Thereza Rocha de. Justa Causa para a Ação Penal. São Paulo: RT, 2001.
- ASSIS TOLEDO, Francisco de. Princípios Básicos de Direito Penal. São Paulo: Saraiva, 2000.
- ÁVILA, Humberto Bergmann. Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 18ª. edição. São Paulo: Malheiros, 2018
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Elementos de Direito Administrativo. São Paulo: Malheiros, 1986.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo. 17a. ed., São Paulo: Malheiros, 2004.
- BARROS GOMES, Camila Paula. Reflexões sobre a Aplicação de Institutos Penais aos Atos Ímprobos. Rio de Janeiro: Revista de Direito da Administração Pública, Ano 4, vol. 1, janeiro-julho, 2018.
- BARROSO, Luís Roberto. Os Princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade no Direito Constitucional, Edição Comemorativa Revista do MP do Rio de Janeiro: 2015.
- BATISTA, Nilo. Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro. Rio de Janeiro: Revan, 2013.
- BATISTA, Nilo. Direito Penal Brasileiro. Vol. 2. Rio de Janeiro: Revan, 2010, p. 281.
- BIANCHINI, Alice. Pressupostos Materiais Mínimos da Tutela Penal. São Paulo: RT, 2002.

- BLOCKMANS, Win; HOPPEN-BROUWERS, Peter. Introdução à Europa Medieval. Tradução de Marisa Motta. Rio de Janeiro: Forense, 2012.
- BOBBIO, Norberto. Elogio da Serenidade e Outros Escritos Morais. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Unesp, 2011.
- BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: 15a. ed., Malheiros, 2004.
- BONESANA, Cesare, Marquês de Beccaria. Dos Delitos e das Penas. Tradução de José Cretella Júnior e Agnes Cretella. São Paulo: RT, 1997.
- BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Crimes de Perigo Abstrato, São Paulo: RT, 2013.
- CAPPELLETTI, Mauro. Acesso à Justiça. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.
- CARDOZO, Benjamin Nathan. A Natureza do Processo e a Evolução do Direito. Tradução de Leda Boechat Rodrigues. São Paulo: Nacional, 1956.
- CARNELUTTI, Francesco. As Misérias do Processo Penal. Tradução de José Antônio Cardinalli. Campinas: BookSeller, 2005.
- CARVALHO, Maria Dometila Lima de. Fundamentação Constitucional do Direito Penal. Porto Alegre: Fabris, 1992.
- COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Justa Causa Penal Constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.
- CRETTON, Ricardo Aziz. Os Princípios da Proporcionalidade e da Razoabilidade. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.
- DÁVILA, Fábio Roberto. Ofensividade em Direito Penal. Porto Alegre: Lael, 2009.
- DOTTI, René Ariel. Curso de Direito Penal. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- FERRAJOLI, Luigi. Direito e Razão – Teoria do Garantismo Penal. Tradução de Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: RT, 2002.
- FOUCAULT, Michel. A Verdade e as Formas Jurídicas. Tradução de Eduardo Jardim e Roberto Machado. Rio de Janeiro: Editora Nau, 2013.
- GIANNETTI, Eduardo. Auto-engano. São Paulo: Companhia das Letras, 1997.
- GOMES, Luiz Flávio. Direito Penal. Parte Geral, vol. I. São Paulo: RT/ILF, 2003.
- GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. O Princípio da Proporcionalidade no Direito Penal. São Paulo: RT, 2003.
- GOMES DE MATOS, Mauro Roberto. O Limite da Improbidade Administrativa. Niterói: Impetus, 2009.
- GORDILLO, Agustín. Princípios Gerais de Direito Público. Tradução de Marco Aurélio Greco e Reilda Meira. São Paulo: RT, 1977.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. As Nulidades no Processo Penal. São Paulo: RT, 1997.
- HABERMAS, Jurgen. Direito e Democracia, vol. I. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012.
- HASSEMER, Winfried. Introdução aos Fundamentos do Direito Penal. Tradução de Pablo Rodrigues Alflen da Silva. Porto Alegre: Fabris, 2005.

JAKOBS, Günther. Direito Penal do Inimigo. Tradução de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Lael, 2012.

JARDIM, Afrânio Silva. Ação Penal Pública. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

JESUS, Damásio. Direito Penal, vol. I. São Paulo: Saraiva, 1995.

LIMONGI FRANÇA, Rubens. Princípios Gerais de Direito. São Paulo: RT, 1971.

LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. Princípio da Insignificância no Direito Penal. São Paulo: RT, 1997.

MAIA FILHO, Napoleão. Breves Estudos sobre a Ação de Improbidade Administrativa. Fortaleza: Curumim, 2014.

MAIA FILHO, Napoleão. Breves Estudos Tópicos das Garantias do Servidor Público do Processo Administrativo Disciplinar. Fortaleza: Editora O Curumim, 2012.

MAIA FILHO, Napoleão. A Justa Causa e Outros Temas Atuais da Ação de Improbidade. Fortaleza: Curumim, 2017.

MAIA FILHO, Napoleão. Direito à Igualdade. Fortaleza: Curumim, 2015.

MAIA FILHO, Napoleão. Direitos Humanos e Utopias Jurídicas. Fortaleza: Curumim, 2017.

MAIA FILHO, Napoleão. Garantismo Judicial na Ação de Improbidade Administrativa. Fortaleza: Curumim, 2015.

MAIA FILHO, Napoleão. Ideologia Garantista. Fortaleza: Curumim, 2018.

MARCHI JÚNIOR, Antônio de Padova. Princípio da Legalidade Penal. Belo Horizonte: DelRey, 2016.

MAÑAS, Carlos Vico. O Princípio da Insignificância como Excludente da Tipicidade no Direito Penal. São Paulo: Saraiva, 1994.

MENDES DE ALMEIDA, Joaquim Canuto. Princípios Fundamentais do Processo Penal. São Paulo: RT, 1973.

MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2009.

REALE JÚNIOR, Miguel. Instituições de Direito Penal. São Paulo: Forense, 2009.

RIBEIRO LOPES, Maurício Antônio. Princípio da Insignificância no Direito Penal. São Paulo: RT, 1997.

RUNCIMAN, David. Como a Democracia Chega ao Fim. Tradução de Sérgio Flaksman. São Paulo: Todavia, 2018.

SALDANHA, Nelson. Legalismo e Ciência do Direito. São Paulo: Atlas, 1977.

SILVA JARDIM, Afrânio. Direito Processual Penal. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. A Expansão do Direito Penal. Tradução de Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: RT, 2002.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. Aproximação do Direito Penal Contemporâneo. Tradução de Roberto Barbosa Alves. São Paulo: RT, 2011.

SUNDFELD, Carlos Ari. Direito Administrativo para Céticos. São Paulo: Malheiros, 2014.

TAVARES, Juarez. Teoria da Injusto Penal. Belo Horizonte: DelRey, 2000.

TOLEDO, Francisco de Assis. Princípios Básicos de Direito Penal. São Paulo: Saraiva, 2000.

TOURINHO NETO, Fernando da Costa. CPP Comentado. Vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2010.

VILHENA VIEIRA, Oscar. A Batalha dos Poderes. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

ZAFFARONI, Eugênio Raul. Em Busca das Penas Perdidas: A Perda de Legitimidade do Sistema Penal. Tradução de Vânia Romano Pedrosa e Armir Lopes da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

ZAFFARONI, Eugênio Raul. Prefácio do livro Teoria do Injusto Penal, do Professor Juarez Tavares. Belo Horizonte: DelRey, 2000.

Julgados referenciados (por ordem de menção no texto):

STF, AgR no HC 139.738, Relator p/ Acórdão Min. Gilmar Mendes, DJe 31.07.2018 STF, HC 96.532/SP, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Ementário 23/439

STF, HC 96.6887/RS. Min. Ellen Gracie, DJ 28.05.2009

STJ, REsp. 1.512.654/SP, Rel. p/Acórdão Min. Benedito Gonçalves, DJe 27.02.2018 STJ, HC 175.639, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, DJe 11.04.2012

STJ, HC 124.185/MG, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, DJe

16.11.2009 STJ, RHC 26.661/MG, Rel. Min. Jorge Mussi, DJe 30.11.2009

STJ. EREsp 1.220.667.MG, Rel. Min. Herman Benjamin, DJe 30.06.2017